

FEMINISMOS

Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

RELACIONES A PARTIR DE LOS APORTES DE
OKIN, GILLIGAN, MACKINNON, WEST Y DAHL

COORDINADORAS
DANIELA BARDEL Y FLORENCIA VAZZANO

PRÓLOGO DE ÉRIKA NAWOJCZYK



FEMINISMOS

Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

RELACIONES A PARTIR DE LOS APORTES DE
OKIN, GILLIGAN, MACKINNON, WEST Y DAHL



Edición: Editorial Azul S.A.

Dirección Editorial: Gonzalo Berrios

Diseño Editorial: Antonella Scavuzzo

www.editorialazul.mercadoshops.com.ar

ventas.editorialazul@gmail.com

Feminismos y teoría general del derecho: relaciones a partir de los aportes de Okin, Gilligan, Mackinnon, West y Dahl/Daniela Bardel... [et al.].

- 1a ed. - Azul: Del Azul, 2024.

Ebook, PDF.

Archivo Digital

ISBN 978-950-9516-69-4

1. Derecho. 2. Feminismo. 3. Derecho a la Identidad de Género. I. Bardel, Daniela
CDD 341.4858

Reservados todos los derechos sobre este libro. No se debe ni se puede, total o parcialmente: traducir, reproducir, almacenar, transmitir, adaptar y/o utilizar de manera alguna, ni por ningún medio, electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o electrográfico sin el consentimiento escrito de los autores.

FEMINISMOS

Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

PRÓLOGO

Erika Nawojczyk

*“Ninguna pretensión de universalidad
puede prescindir de la mitad de la humanidad”*

Diana Maffía: 2008

Un recorrido por la historia de las mujeres da cuenta de las diferencias que se han dado, obstaculizando nuestra libertad, como así también las discriminaciones que impiden la realización de la autonomía, en un vasto registro de inequidades, injusticias, exclusión y opresión.

En el marco de la cultura patriarcal, las mujeres hemos sido sistemáticamente oprimidas y silenciadas, víctimas de múltiples situaciones de discriminación. En función de un enfoque interseccional, podemos afirmar que somos las más pobres entre los pobres, quienes cargan con el cuidado de la familia, postergando su cuidado y su salud, las que sufren las consecuencias del analfabetismo y el acceso a la educación, las víctimas de violencia física, sexual, económica, simbólica, dentro y fuera del hogar.

En este escenario, uno de los ámbitos propenso a la discriminación y a la marginación en función de los estereotipos que pesan sobre las mujeres, es el ámbito del Derecho, en tanto ha legitimado y justificado la diferencia y propicia la consecuente opresión entre los distintos géneros.

Así, el discurso de las mujeres ha sido históricamente desacreditado, produciéndose lo que Miranda Fricker denomina “injusticia epistémica”, ese mal que se causa “a alguien en su condición específica de sujeto de conocimiento”

(2017: 17). Al respecto, la autora describe dos formas o tipos de injusticia epistémica. Por un lado, la injusticia testimonial que se produce cuando el emisor del discurso es desacreditado dado los prejuicios que de él tiene la audiencia, es decir, “cuando los prejuicios llevan a un oyente a otorgar a las palabras de un hablante un grado de credibilidad disminuido” (2017: 17). Por otro lado, la injusticia hermenéutica se produce a partir de la incapacidad de un colectivo, en este caso, la comunidad científica, para comprender la experiencia social de un sujeto debido a una falta de recursos interpretativos, poniéndolo en una situación de desventaja y de credibilidad reducida, esto es, esta forma de injusticia “se produce en una fase anterior, cuando una brecha en los recursos de interpretación colectivos sitúa a alguien en una desventaja injusta en lo relativo a la comprensión de sus experiencias sociales” (2017: 17).

Ambas formas de injusticia epistémica se han dado en el ámbito del Derecho y, específicamente, en el ámbito de la enseñanza del Derecho, donde el aporte realizado por las mujeres ha sido durante siglos invisibilizado, silenciado, oculto, en tanto que se han privilegiado las elaboraciones teóricas realizadas desde/por el androcentrismo, negándose valor a las investigaciones, las experiencias (Campagnoli, 2006: 19) y las narrativas de las mujeres, hasta descuidarse lo que de las mismas han dicho los filósofos, el lugar que se nos ha asignado en la historia del pensamiento. Ello hace que ni siquiera pueda justificarse la injusticia hermenéutica alegando la falta de conocimiento de recursos de interpretación para comprender las experiencias sociales de las mujeres. Está tan enquistado el modelo hegemónico sexista de hacer ciencia que ni siquiera interesa conocer todos los desarrollos teóricos producidos a partir de las investigaciones realizadas por mujeres.

Lo expuesto importa afirmar que el marco androcéntrico y los usos sexistas de la ciencia desde el cual se han desarrollado las investigaciones científicas ha conducido a visiones parciales, sesgadas y hasta perversas de la vida social, en tanto han buscado legitimar diferencias de género y reforzar, por ende, las relaciones de dominación dentro del sistema sexo-género e incluso el orden simbólico (relatos, imágenes, metáforas) mediante el cual se expresa el conocimiento científico que privilegia el punto de vista masculino.

En este sentido, hacemos propias las palabras de Elvira López (1901) cuando afirmaba que “no se puede... enseñar media historia, media filosofía, media psicología” y agregamos, no se puede enseñar y seguir pensando el Derecho para un solo sector de la población.

Así lo entiende el grupo de docentes-investigadoras e investigadores de la Facultad de Derecho de la UNICEN que, con compromiso y lucidez, han

puesto en diálogo los aportes de las teorías feministas con la Teoría General del Derecho, en esta obra que tenemos el honor de prologar.

Contra la “injusticia epistémica” que implica el estudio de la Teoría del Derecho desde una falsa objetividad y neutralidad de la ciencia y del sujeto de conocimiento, los autores proponen la problematización, la revisión y la re-significación de nociones que vertebran el estudio de la Teoría General del Derecho, a efectos que atender a las subjetividades, deconstruir y discutir las teorías hegemónicas, que reproducen las desigualdades y las discriminaciones propias del sistema hetero-cis-patriarcal, recuperando el estudio de teorías olvidadas o silenciadas que son, a lo sumo, referidas como “currículum oculto” en el marco del proceso enseñanza-aprendizaje para, de esa manera, trabajar en las estrategias didácticas a los fines de superar la exclusión y las desigualdades basadas en el género y la sexualidad en la producción del conocimiento.

En este sentido, en el marco de una lucha por la real concreción del derecho a la igualdad y la no discriminación por razones de género, este libro aporta las herramientas en clave feminista a fin de revisar críticamente los estereotipos de género, los sesgos sexistas y los rasgos androcéntricos de la ciencia del Derecho, para así reflexionar y cuestionar la visión sobre la persona, la familia, la sociedad, y en especial, el lugar de la mujer en la organización social y familiar, a lo largo del recorrido que propone la Teoría General del Derecho, promoviendo, en definitiva, la concientización de la necesidad de la perspectiva de género en el estudio del Derecho.

La obra se estructura en una introducción y cinco capítulos a partir de los cuales, desde una serie de categorías conceptuales centrales de la Teoría del Derecho, tales como las nociones de justicia, igualdad, cuidado, poder, se abordan obras representativas del pensamiento de autoras pertenecientes a diferentes vertientes del feminismo, tales como, en el caso del feminismo liberal, la obra *Justice, Gender and the Family* (1989) de Susan Moller Okin; para el feminismo cultural *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982) de Carol Gilligan; para el feminismo radical *Hacia una teoría feminista del Estado* (1995) de Catherine MacKinnon; y las obras *Género y Teoría del Derecho* (2000) de Robin West y *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence* (1987) de Tove Stang Dahl.

Destacamos, al respecto, el tratamiento que los autores proponen de las teorías trabajadas, en tanto, conforme lo expuesto por Sara Harding, no se trata de “sumar o agregar mujeres” (1987: 14) a la lista de pensadores que se estudian en la Teoría General del Derecho sino de dar cuenta, a partir del enfoque histórico de la especificidad y el peso de la investigación científica (Harding, 1987: 19), de nuevos recursos empíricos y teóricos y así considerar

las experiencias de las mujeres, que proporcionan nuevos propósitos para la ciencia social, como también considerar un nuevo objeto de investigación que implica situar a la investigadora en el mismo plano crítico que el objeto explícito de estudio (Harding, 1987: 19-26).

Con claridad expositiva, generosa en datos y referencias bibliográficas para seguir profundizando su estudio, estamos frente a una obra de consulta y referencia obligada para quienes transitamos el camino de los feminismos y buscamos una lectura renovada de la Teoría del Derecho a la luz de la perspectiva feminista.

Por ello, aplaudo y manifiesto toda mi admiración a los autores, a la vez que aliento la lectura de este libro que constituye también un ejemplo de resistencia, que nos da fuerzas para enfrentar los tiempos aciagos como los que volvemos a vivir en estas latitudes, de oleajes que retroceden, de discursos de odio que se envalentonan, de derechos que tambalean y políticas que se pierdan, para que, una vez más, como otras tantas en la historia, sigamos luchando por nuestros derechos.

Referencias bibliográficas

CAMPAGNOLI, Mabel A. (2006). Una figura de “lo otro”: mujer docente en filosofía, *Zona Franca*, Año XIV, N° 15, pp. 19-29.

FRICKER, Miranda (2017). *Injusticia epistémica*. España: Herder. (trad. García Pérez, Ricardo).

HARDING, Sandra (1998). ¿Existe un método feminista?. Bernal, G. (trad.). *Debates en torno a una metodología feminista*, Bartra, Eli (comp.). México: PUEGUAM, pp. 9-34.

LÓPEZ, Elvira (1901). *El movimiento feminista*. Buenos Aires: Tesis presentada para optar al grado de filosofía y letras.

MAFFÍA, Diana (2008). *Contra las dicotomías: feminismo y epistemología crítica*. Disponible en: <http://www.dianamaffia.com.ar/archivos/Contra-las-dicotom%C3%ADas.-Feminismo-y-epistemolog%C3%ADa-cr%C3%ADtica.pdf>, consultado el 4/7/2024

INTRODUCCIÓN

Daniela Bardel¹

Florencia Vazzano²

Esteban Marmeto³

1. El camino previo y futuro

Este trabajo es producto de un camino previo, y esperamos abone a desarrollos futuros en una línea que pretende poner en diálogo los aportes de las teorías feministas con los constructos de la Teoría General del Derecho en un doble sentido: en lo conceptual y lo didáctico. Así, los interrogantes que motivaron este proyecto apuntaron a relacionar obras fundamentales de los feminismos con la Teoría General del Derecho. En un segundo nivel de análisis, intentamos preguntarnos si resulta necesario replantear los constructos de la Teoría General del Derecho para ser repensados a los fines de su adaptación a las exigencias valorativas de las teorías feministas⁴.

El camino previo estuvo marcado por el proyecto de investigación PIC-FD (Facultad de Derecho-UniCen) llevado a cabo en el año 2022. En el mismo abordamos cuestiones teóricas utilizando como unidades de análisis fundamentalmente producciones de los feminismos de Latinoamérica y Argentina vinculados a temas de Teoría General del Derecho (Facio y Fries, 1999; Birgin, 2000;

¹ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CIEP, Buenos Aires, Argentina/ CONICET, Argentina.

² Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, IE-JUS, Buenos Aires, Argentina.

³ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, IE-JUS, Buenos Aires, Argentina. Becario doctoral por la Comisión de Investigaciones Científicas (CIC).

⁴ Este proyecto recibió la financiación del programa de Fortalecimiento a Jóvenes Investigadores (JOVIN) de la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires (UN-CPBA).

Ruiz, 2000; Lerussi y Costa, 2018). Se identificaron en esa oportunidad como temas en relación a los contenidos comunes de la Teoría General a la neutralidad y la construcción del sujeto en el Derecho, y el funcionamiento normativo; en relación a los contenidos abarcativos a la perspectiva de género; en cuanto a los contenidos particulares: la posibilidad de emergencia de una nueva rama jurídica “Derecho de la Mujer o Derecho de Géneros”; en vínculo a la dinámica del Derecho: sus funciones y la estrategia y táctica jurídica (Bardel *et. al.*, 2022; Vazzano y Bardel: 2023). No obstante, advertimos que dada la heterogeneidad presente en las teorías feministas, devenía necesario una particularización de la interacción conforme a las premisas de cada posicionamiento.

En relación al objetivo de abordaje de la enseñanza se utilizaron en el PIC-FD tres niveles de análisis: los estándares de acreditación de las carreras de Abogacía, los Planes de Estudio de las Universidades Públicas pertenecientes al Consejo Regional de Planificación de la Educación Superior Bonaerense (CEPRES BON) y los programas de las asignaturas afines a Teoría General del Derecho⁵. En relación al examen de estos documentos, se concluyó que en los contenidos básicos de los estándares de acreditación el género quedó incluido dentro de los disciplinares (específicamente Derechos Humanos, y la Violencia Doméstica en Derecho de Familias), no incorporándose la perspectiva de género como contenido en las áreas de formación general e interdisciplinaria -en la cual se ubica la Teoría General del Derecho- ni tampoco de manera transversal. Esta situación se vio reflejada en los Planes de Estudio de las carreras analizadas, los cuales no receptan a la perspectiva de género ni a los feminismos en los contenidos mínimos de las asignaturas de esta área. Tal escenario puede ser examinado entonces bajo la categoría de “currículum nulo”. Se hallaron contenidos explícitos formales únicamente en la asignatura de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP). No obstante, se tiene presente la posibilidad que existan contenidos vinculados a los feminismos y la perspectiva de género que se estén desarrollando en el marco del “currículum oculto”. Esta circunstancia fue constatada en el marco de nuestra Unidad Académica a partir de la entrevista realizada a docentes de la asignatura Filosofía del Derecho (Bardel *et. al.*, 2022; Vazzano y Bardel, 2023).

Tal como menciona García Amado (1992) la Teoría y Filosofía del Derecho tienen también sus modas y sus mecanismos de importación, y posiblemente es este un fenómeno que afecta a todos los países del extrarradio de los imperios. Ya en 1992, el autor advertía que en los próximos años se hablará y escribirá abundantemente por estos pagos –España, y los países de habla his-

⁵ Por la especificidad del espacio curricular en el plan de Estudios no se encontraron asignaturas análogas en otras carreras, por ello, analizamos asignaturas con núcleos temáticos compartidos, como Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho.

pana- acerca de corrientes de pensamiento jurídico que cuentan en sus lugares de origen, fundamentalmente en Estados Unidos, con más de una década de cultivo: tal como sucede con el movimiento “Critical Legal Studies” o el de la “Feminist Jurisprudence”. A pesar de esta advertencia, consideramos necesario incorporar y formarse en los temas en estudio, atento a lo relevado en las instancias anteriores de falta de recepción en las propuestas de enseñanza y aprendizaje de los/as futuros/as abogados/as en el área de la Teoría del Derecho.

En relación al camino futuro, esta línea de investigación continúa en el presente año 2024 con una indagación con similares objetivos, pero orientados al diálogo con los feminismos latinoamericanos, específicamente los aportes de María Lugones, Rita Segato y Ochy Curiel. Lo cual demuestra, la continuidad y la necesidad de incorporar nuevos interrogantes que amplíen el objeto de estudio.

En este camino de búsqueda de nuevos saberes, la Teoría General del Derecho nos sitúa ante la posibilidad de reflexionar sobre las respuestas que brindan las ramas jurídicas, identificando las particularidades que cada una presenta, pero asimismo resaltando los rasgos que resultan comunes y compartidos por todas. El concepto de género es uno de los elementos abarcativos del mundo jurídico y en su carácter transversal exige profundas revisiones en todas las ramas del Derecho, tanto en la teoría como en la práctica.

2. Los aspectos metodológicos

Este e-book obedece entonces al objetivo general de contribuir al desarrollo de la Teoría General del Derecho a partir de los aportes de las principales corrientes del pensamiento feminista, para lo cual se tomaron como unidades de análisis determinadas obras representativas del pensamiento de autoras pertenecientes a diferentes vertientes del feminismo: en el caso del feminismo liberal, la obra *Justice, Gender and the Family* (1989) de Susan Moller Okin; para el feminismo cultural *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982) de Carol Gilligan; para el feminismo radical *Hacia una teoría feminista del Estado* (1995) de Catherine MacKinnon. Asimismo, las obras *Género y Teoría del Derecho* (2000) de Robin West y *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence* (1987) de Tove Stang Dahl.

En el contexto exploratorio para la selección de autoras y obras, el texto de Alessandra Facchi del año 2005 publicado en *Academia* resultó clave, así como también el estudio preliminar de Isabel Jaramillo en la obra de Robin West. No desconocemos que las autoras seleccionadas pertenecen a la academia norteamericana y noruega, cuyos contextos económicos, sociales y cultura-

les pueden ser muy distantes a nuestras realidades. Al mismo tiempo, la lengua de sus obras es el inglés (aunque algunas se encuentran traducidas al español). No obstante, justificamos el recorte en la relevancia que tuvieron y tienen en el debate de los feminismos.

Para lograr los objetivos planteados, hemos seleccionados una serie de categorías conceptuales desde las cuales pensar las interacciones entre las autoras estudiadas y temas centrales de la Teoría del Derecho: en tal sentido, en primer lugar hemos tratado la ubicación geográfica, política e histórica de la autora para comprenderla en su contexto; en segundo lugar los tópicos sobre los que pensamos el contacto fueron los siguientes: si en la obra analizada se identifica alguna concepción sobre el Derecho, así el Derecho como normatividad, como poder, o con exigencias valorativas⁶; si se advertía énfasis en alguna rama jurídica o problemas susceptibles de ser abordados desde la juridicidad⁷; si se visualizaba al Derecho como posibilitador de alguna estrategia jurídica⁸; cuál o cuáles eran las funciones que se le atribuían⁹; y finalmente, si se podía inducir algún criterio sobre el fundamento del Derecho¹⁰. Estas fueron las preguntas orientadoras de nuestras lecturas, que no en todos los casos pudieron responderse de manera cabal, atento a las particularidades de cada autora; o cuyas respuestas implicaron la interpretación por parte de quienes escribieron los respectivos capítulos.

En segundo lugar, también fue un objetivo de esta investigación incorporar una perspectiva didáctica, y en este sentido hacernos la pregunta sobre qué enseñar sobre las autoras estudiadas, cómo enseñarlo y para qué. Lo mismo, ante el reconocimiento de la ausencia de formación sobre feminismos en vínculo con la Teoría del Derecho, al menos en el plano del currículum formal. El trabajo intenta convertirse así en un producto para la consulta de docentes y estudiantes.

⁶ En este aspecto se buscó vincular el posicionamiento de la autora con alguna de las concepciones del Derecho. Puede verse, entre muchos, Guibourg (2013), en especial, cap. II “La construcción de las teorías del Derecho”.

⁷ Entendemos por rama jurídica a un conjunto de casos que poseen características y soluciones especiales; captados por normas basados en método propios, e inspirados en una especial exigencia justicia. Puede verse, entre muchos, Ciuro Caldani (1982) y Ciuro Caldani (2020).

⁸ Entendemos por estrategia jurídica la ordenación de los medios para lograr el objetivo general del Derecho perseguido y por táctica jurídica: medios específicos para el cumplimiento de una estrategia. Puede verse, entre muchos, Ciuro Caldani, (2013).

⁹ Aquí incluimos diversas perspectivas, tales como la de Cárcova (1988) y Raz (1985).

¹⁰ Puede verse el contenido mínimo del derecho natural planteado por Hart (1998); los medios de protección del régimen de justicia postulados por Goldschmidt (2005); o Moreso y Vilajosana (2004).

Por supuesto, que como todas las teorías, las construidas por las autoras en estudio son pasibles de diversas críticas por las limitaciones o contradicciones que puedan presentar; así como también, por desarrollos posteriores del conocimiento y/o por el reto de nuevas realidades o exigencias valorativas. Valga a modo de síntesis las nociones de otros feminismos: como el latinoamericano y decolonial, la crítica al esencialismo de la concepción de la mujer o del Derecho, o la noción de interseccionalidad. Sin embargo, y sin perjuicio de algunas consideraciones en cada uno de los capítulos, no nos hemos adentrado en el desarrollo de tales limitaciones, por razones vinculadas al recorte del objeto y la viabilidad de la investigación, acotada en el tiempo y los recursos disponibles. El/la lector/a, no obstante, podrá advertirlas y profundizar en ellas.

Para poner en contexto la relación de las ideas de las autoras con la realidad jurídica de nuestro país, nos pareció relevante describir el estado de las regulaciones del Derecho de las Familias al momento de la publicación de las obras en análisis. Esto nos ayuda a situarnos en torno a cuál era la situación de la mujer en el contexto de las relaciones familiares. No dudamos en la conveniencia de desarrollar también cuál era su específica situación en el contexto de otras ramas jurídicas: como el Derecho Laboral, el Derecho de la Seguridad Social o el Derecho Político. Cuestiones que nuevamente por razones de límites, quedarán pendientes para futuras investigaciones.

3. Contextualización del Derecho argentino de Familia en la época de las obras analizadas

Consideramos que las instituciones jurídicas de la actualidad se comprenden mejor cuando se recorre la historia desde una visión retrospectiva, observando los sucesos pasados, pero también prospectiva, mediante una mirada que pueda pensar en las mejores proyecciones de aquí en adelante. Parte del sentido del presente mantiene una íntima conexión con el pasado y con el futuro (Ciuro Caldani, 1991).

La historia de la familia -hoy familias- no es más que la historia de sucesivas construcciones socio-culturales y jurídicas acerca de diversos modelos familiares que han delineado los roles de sus integrantes y sus vinculaciones dentro de la misma. Un recorrido por esa trayectoria temporal refleja el paso de una construcción basada en un único modelo, a una construcción más plural, sustentada en el reconocimiento de múltiples y diversas formas de organización familiar, siendo éste el modelo que llega hasta nuestros días (Jelin, 1996).

Elizabeth Jelin en su trabajo “Familia: crisis y después” señala que existieron principios básicos de organización interna de la familia que marcaron

diferenciaciones según la edad, el sexo y el parentesco (Jelin, 1996). En función de esos criterios orientadores se trazaron roles, lugares, espacios diversos para las personas dentro de la estructura familiar y la sociedad en su conjunto.

El rol que la mujer ocupó en las relaciones familiares viró a la luz de las transformaciones sociales, normativas y valorativas. En la legislación argentina, el Código Civil consideraba a la mujer casada como una incapaz de hecho, confiriéndole al varón la autoridad marital, el carácter de único administrador de los bienes del matrimonio y del perteneciente a los hijos. En este contexto, la patria potestad (hoy denominada “responsabilidad parental”) de los hijos legítimos estaba en cabeza del padre por lo que tenía el ejercicio exclusivo.

Hacia 1926 se ampliaron los derechos civiles de la mujer debido a la sanción de la ley 11.357. En virtud de ese dispositivo legal, la capacidad de hecho de la mujer se amplifica, aunque subsistían ciertas discriminaciones y restricciones respecto de aquella que se casaba. Así, el varón continuaba poseyendo el carácter de jefe de hogar o de familia, facultad que se advertía en la aptitud que él tenía de fijar la residencia del hogar, y en el derecho de administrar y disponer de los bienes gananciales cuyo origen no podía determinarse.

Como consecuencia de la ratificación de las Convenciones Interamericanas sobre la Concesión de los Derechos Civiles y Políticos a la Mujer por parte de Argentina, en 1968 se sancionó la ley 17.711 en la que se derogó la disposición normativa que contenía la incapacidad relativa de hecho de la mujer casada, y se eliminó la disposición que establecía la representación necesaria de la mujer casada por el marido. En el aspecto patrimonial del matrimonio, se sustituyó el régimen de administración marital por lo que se le otorgaba a cada cónyuge la libre administración y disposición de los bienes propios o gananciales adquiridos por cualquier título.

En el año 1985, la ley 23.264 eliminó la discriminación entre los cónyuges en la materia de patria potestad -responsabilidad parental- al conferirle a ambos progenitores su ejercicio respecto de los hijos menores no emancipados. En 1987 se sancionó la ley 23.515 en la que se estableció la igualdad de ambos cónyuges en sus relaciones personales haciendo desaparecer toda desigualdad en los derechos personales de los cónyuges durante la comunidad de vida.

A pesar de todos estos cambios legislativos, hacia fines del siglo pasado la igualdad de derechos entre varones y mujeres en el ámbito matrimonial era aparente. Esto es así porque en la práctica se escondían ciertas discriminaciones hacia ese grupo históricamente desaventajado en lo que a la distribución de roles en el ámbito intrafamiliar refería. Huelga señalar que para esa época aún continuaba una preferencia materna en el cuidado de los hijos tras la ruptura

del matrimonio, y la obligatoriedad de que los hijos portaran el apellido del padre salvo que fuera extramatrimonial y el progenitor no lo hubiera reconocido.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos tuvieron un impacto sideral en el trato que en el derecho interno se le daba a la mujer. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en el sistema universal y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en el ámbito regional interamericano cimentaron las bases de una mayor igualdad real hacia las mujeres. Nuestro país otorgó jerarquía constitucional a esos tratados a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, por lo que su fuerza normativa irradia energía a toda la legislación que provenga del ámbito doméstico.

a) Divorcio vincular

En materia de constitución familiar, Vélez Sarsfield diseñó al matrimonio como única forma válida de unión entre dos personas que desearan compartir un proyecto de vida en común. La secularización del vínculo apareció en la escena jurídica unos años después, por lo que ese instituto tenía una simbiosis con los postulados de la Iglesia Católica. Por este motivo, el matrimonio gozaba de carácter de perpetuidad, siendo su principal finalidad la reproducción. De esta afirmación se colige que ese vínculo sólo podría estar dado entre dos personas de diferente sexo.

Con la sanción de la ley 2393 en 1888 se introdujo el matrimonio civil, pero su vínculo se mantuvo indisoluble. Así, el divorcio absoluto continuaba prohibido, aunque la legislación sólo autorizaba la separación personal de los esposos sin disolver el vínculo. En 1968, la ley 17.711 amplió las causales de separación personal que estaban establecidas en la legislación civil. Hasta ese entonces, sólo se podía acceder a esa figura cuando existiere la violación de algunos de los derechos-deberes derivados del matrimonio en virtud de la culpa de alguno de los cónyuges mediante conductas o actitudes que contrariaran o lesionaran obligaciones asumidas al contraer nupcias. A partir de la mencionada ley, se permitió la separación personal petitionada de manera conjunta por ambos cónyuges, siempre que hubiesen cumplido un plazo mínimo de matrimonio fundado en la existencia de ciertas causas graves que hicieran moralmente imposible la vida en común.

En 1987 se sancionó la ley 23.515. En ella se incorporó al derecho argentino el divorcio vincular como institución autónoma, pero manteniendo la separación personal como otra opción para aquellas personas que deseaban divorciarse, pero sin disolver el vínculo. De esta forma, se incorporó un sistema

casuístico al que las personas debían acudir si deseaban disolver el matrimonio. El adulterio; la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador; la instigación de unos de los cónyuges al otro a cometer delitos; las injurias graves; y el abandono voluntario y malicioso constituían las causales para poder solicitar el divorcio vincular. Este punto resultaba trascendental porque en caso de que uno de los cónyuges incumpliera alguno de esos derechos-deberes personales que nacían como consecuencia del vínculo matrimonial, el afectado tenía habilitada la vía para solicitar ante los estrados judiciales que se declarara al incumplidor como culpable y reparar el daño causado.

4. A modo de cierre

Deseamos que estos aportes nos ayuden a reflexionar sobre la Teoría del Derecho y sobre el imperativo de la igualdad entre los géneros. Deseamos también que esta obra pueda contribuir a la construcción del pensamiento crítico de docentes y estudiantes, y aporte así a la consolidación de una reflexión en tolerancia en el marco de nuestra sociedad democrática y plural. Finalmente, hemos puesto nuestros mejores esfuerzos para el compromiso de la investigación con el propósito del desarrollo de las personas, aunando en estos trabajos la colaboración de docentes, estudiantes y graduadas de nuestra Facultad de Derecho y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (UNL).

Creemos que la enseñanza de la Teoría General del Derecho permite comprender la complejidad que presenta la vida humana y no humana, su diversidad según los espacios y en el tiempo. La apertura hacia nuevos saberes nos ayuda a asumir esa complejidad y así contribuir a generar mayores espacios de libertad y dignidad; atender el despliegue biográfico de cada persona, enmarcado a su vez, en un despliegue temporal y espacial específico; visibilizar cuál es el lugar que cada una ocupa dentro del mundo jurídico, económico, político y cultural (Ciuro Caldani, 2010).

Como señalara Werner Goldschmidt:

“La historiografía dikelógica debe poner de realce las injusticias que recayeron durante la casi totalidad de la historia humana sobre la casi totalidad de la población mundial compuesta de esclavos, siervos, miserables, mujeres, niños sin protección, empleados a merced de sus amos, súbditos sometidos sin freno alguno al aparato coactivo y torturante del gobernante, ciudades saqueadas, etc. Por otro lado, hay que guardar gratitud a quienes

lograron la abolición efectiva de la esclavitud, la emancipación de la mujer, la organización de los seguros sociales, etc. (Goldschmidt, 2005: 412-413).

A todas/os quienes buscaron la emancipación de las mujeres, cuyas reivindicaciones nos permiten, entre tantas otras conquistas, ser profesoras y estudiantes universitarias, vaya nuestro reconocimiento y gratitud. Y también, sirva esta pequeña contribución como homenaje para quienes continúan en esa búsqueda de igualdad; y para quienes vendrán. La educación tiene sin lugar a dudas un rol transformador para lograr sociedades más justas.

Referencias bibliográficas

BARDEL, Daniela *et. al.* (2022). La perspectiva de género en la Teoría General del Derecho: una aproximación desde la teoría y la enseñanza, en *Investigaciones en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Tumini, Juliana y Slavin, Pablo (dir.). Mar del Plata: UNMDP, pp. 134-145.

BIRGIN, Haydee (2000). *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Colección Identidad, Mujer y Derecho. Buenos Aires: Biblos.

CÁRCOVA, Carlos (1988). Acerca de las funciones del Derecho. *Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas*, pp. 47-58. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3007/2809>

CIURO CALDANI, Miguel A. (1982). La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas. *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II.

CIURO CALDANI, Miguel A. (1991). *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, T. I. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

CIURO CALDANI, Miguel A. (2010). ¿Convertirse en persona?, *Derecho de Familia y de las Personas*, N° 10, pp. 199-213.

CIURO CALDANI, Miguel A. (2013). La estrategia jurídica. Una deuda del derecho actual. *Investigación y Docencia*, N° 46, pp. 47-77.

CIURO CALDANI, Miguel A. (2020). *Una teoría trialista del mundo jurídico*. Buenos Aires: Astrea.

FACCHI, Alessandra (2005). El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, N° 6, pp. 27-47.

FACIO, Alda y FRIES, Lorena (ed.) (1999). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: La Morada.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1992). ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, pp. 13-42.

GOLDSCHMIDT, Werner (2005). *Introducción filosófica al derecho*, 6ta. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis.

GUIBOURG, Ricardo (2013). *Saber Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HART, Herbert (1998). *El concepto de Derecho*, Carrió, Genaro (trad.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

JARAMILLO, Isabel (2000). La crítica feminista al Derecho (estudio preliminar), en *Género y teoría del Derecho*, Robin, West (aut.), Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 25-66.

JELIN, Elizabeth (1996). Familia: crisis y después, en *Vivir en familia*, Wainerman, Catalina (comp.). Buenos Aires: Losada.

LERUSSI, Romina y COSTA, Malena (2018). Los feminismos jurídicos en Argentina. Notas para pensar un campo emergente. *Revista Estudios Feministas*, Vol. 26, N°1, pp. 1-13.

MORESO, José y VILAJOSANA, Josep (2004). *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

RAZ, Joseph (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre filosofía y moral*. México: UNAM.

RUIZ, Alicia (comp.) (2000). *Identidad femenina y discurso jurídico*, Colección Identidad, Mujer y Derecho. Buenos Aires: Biblos.

VAZZANO, Florencia y BARDEL, Daniela (2023). Los contenidos de Teoría General del Derecho en diálogo con los aportes de los feminismos y la inclusión de la perspectiva de género. Hacia la innovación en la propuesta de enseñanza y aprendizaje en la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho, UNICEN, en *Prácticas de la enseñanza y la investigación en Ciencias Jurídicas: innovaciones curriculares para la transversalización de la perspectiva de género/s y derechos humanos*, Piccone, María Verónica y Lambrecht Sepúlveda, María Paz (coord.). Córdoba: Sociedad Argentina de Sociología Jurídica.

CAPÍTULO I

SUSAN MOLLER OKIN: LA FAMILIA COMO OBJETO DE LA JUSTICIA

Esteban Marmeto¹¹

Daniela Bardel¹²

Constanza Díaz Baudry¹³

I. La perspectiva teórica

1. Contexto histórico- político en el que se inserta la autora

Susan Moller Okin nació en Nueva Zelanda en 1944 y falleció en Estados Unidos en el año 2004. Se desempeñó como profesora de Ciencias Políticas en la Universidad de Stanford (Estados Unidos). Entre sus obras más difundidas se encuentran: “Women In Western Political Thought” (1979); “Justice, Gender, and the Family” (1989), “Is Multiculturalism Bad For Women?” (1999). La segunda de las obras mencionadas es la analizada en este trabajo, en su versión en inglés, dado que no hemos encontrado traducción al español.

La autora se inscribe dentro del denominado “feminismo liberal”, considerándose a la misma como una de las voces más representativas e influyentes (Di Tullio Arias, 2015; Nussbaum, 2001). Siguiendo a Jaramillo, en el interior de los feminismos existe una diferenciación según el modo de entender la opresión. Así se reconocen aquellas corrientes que consideran que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de modo igual a los hombres; y las que consideran que son oprimidas porque no se reconoce como valiosa su diferencia

¹¹ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Becario doctoral por la Comisión de Investigaciones Científicas (CIC)

¹² Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CIEP, Buenos Aires, Argentina/ CONICET, Argentina.

¹³ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Graduada.

respecto de los hombres. Dentro del primer grupo, conocidos como feminismos de la igualdad, se incluyen distintas interpretaciones de lo que significa la igualdad que se pretende: para el feminismo liberal clásico la igualdad debe ser en cuanto a las oportunidades formales y para el feminismo liberal social la igualdad debe ser en las oportunidades reales o materiales (Jaramillo, 2000).

Podemos señalar así, que la política de derechos individuales del feminismo liberal exige para las mujeres, para cada una, el derecho de autodeterminación, la libertad de elección en caso de aborto, el derecho a acceder a la educación y una igualdad de oportunidades que implica ciertas políticas redistributivas (Beltrán *et. al.*, 2001).

2. Elementos que aborda como Derecho

La autora sitúa su tesis en el ámbito de la filosofía política, o de las teorías de la justicia, en tanto su punto de inicio es afirmar la necesidad de analizar la justicia en la constitución de las familias, cuestión que, según entiende y argumenta, ha sido excluida de los debates en torno a la justicia de las instituciones. La familia es, para Okin, una institución política de importancia primordial dado que es la base del orden político (Okin, 1989).

Como señala Nino, pese a la imposibilidad de lograr un acuerdo acerca del concepto de justicia, es posible reconocer al menos dos aspectos. De un lado, su carácter intersubjetivo, en tanto comprende vínculos con otros sujetos, es decir, implica relaciones interindividuales; del otro lado, está asociada con la adjudicación, ya sea de beneficios o cargas o de derechos y obligaciones (Nino, 1993). Sin entrar entonces, en este espacio, en las diversas concepciones de la justicia, las cuales Okin se encarga de criticar a lo largo de su trabajo, podemos señalar que estos aspectos que se reconocen presentes en la justicia: la intersubjetividad y la adjudicación, no han sido pensados en las relaciones que se dan en el interior de la familia.

La propuesta de Okin, situada como mencionamos en el ámbito de la filosofía política, no tiene como objeto directo de atención al Derecho. No obstante, al plantear las injusticias que se presentan en el interior de las familias, y la necesidad de modificarlas, repercute en la conformación de las reglas con las que se rigen las relaciones jurídicas familiares, aunque también conforme a la autora, se deben repensar las normatividades de, por ejemplo, el Derecho Laboral (Okin, 1989).

Su posicionamiento supone entender que los criterios de justicia de una sociedad deben comprender también los criterios de justicia al interior de la familia, en tanto, si en el seno de las mismas no rigen criterios de justicia, no

van a regir tampoco al exterior, dado que la desigual distribución de los roles de género, es decir, la inequitativa distribución del trabajo dentro de la familia, le impiden a la mujer participar en igualdad respecto del hombre, en la política y el mercado. Es este sentido, Okin señala:

“En una sociedad justa, la estructura y las prácticas de las familias deben brindar a las mujeres las mismas oportunidades que a los hombres para desarrollar sus capacidades, participar en el poder político, influir en las decisiones sociales y tener seguridad económica y física” (Okin, 1989: 15).

Si partimos de una concepción compleja del Derecho como la que propone la Teoría del Integrativismo Trialista, para la cual el objeto se integra de tres dimensiones: la sociológica, la normológica y la axiológica, y en la que la justicia es el valor absoluto, las reflexiones de Susan Moller Okin repercutirán en especial sobre una de las dimensiones que estructura la forma como concebimos al mundo jurídico: su dimensión axiológica, con la cual valoramos conductas y normatividades.

Así para Okin (1989) el género como cuestión de justicia supone tres consideraciones: a) que las mujeres deben estar plenamente incluidas en cualquier teoría satisfactoria de la justicia; b) que la igualdad de oportunidades, tanto para mujeres como para niñas/niños, se encuentra socavada por las actuales injusticias de género; y c) la familia debe ser justa si queremos tener una sociedad justa, ya que es allí donde llegamos a tener sentido de nosotros mismos y de nuestras relaciones con los demás que están en la raíz del desarrollo moral.

La tesis de la que parte la autora lleva a repensar los posicionamientos sobre teorías de la justicia, los cuales los entendemos como “horizonte” de la dimensión axiológica, pero cuyas conclusiones repercuten en el contenido de la justicia, con la que valoramos normas y conductas¹⁴. De esta manera, Okin va a argumentar sobre las deficiencias que presentan las diversas teorías para incorporar el género como cuestión de justicia: proponiendo una superación del liberalismo igualitario de John Rawls y mostrando las limitaciones de las concepciones comunitaristas y libertarias¹⁵.

¹⁴ Para la Teoría Trialista el principio supremo de justicia consiste en asegurar una esfera de libertad en la cual el individuo pueda desarrollarse. Al análisis del contenido de la justicia se dedica la “axiosofía dikelógica” por medio de la cual se analizan los criterios de justicia de la conducta aislada y del orden de conductas; así como también de la norma aislada y del ordenamiento normativo. Sobre los horizontes de cada dimensión puede verse Goldschmidt (2005); Ciuro Caldani (2019).

¹⁵ Para ello previamente la autora rechaza dos argumentos: a) la idea de que la justicia no es una virtud primordial para la familia, se aparta así de la consideración de la familia como “grupo íntimo caracterizado por la armonía de intereses”; b) la “naturaleza” de la diferencia sexual hace

a) El liberalismo igualitario de John Rawls

John Rawls fue uno de los filósofos políticos más importantes del siglo pasado. Su principal pretensión radicó en la necesidad de elaborar una teoría de la justicia que constituya una alternativa a las doctrinas que dominaron la tradición filosófica hasta principios del siglo XX. Para ello, retomó y reversionó las ideas de los contractualistas Locke, Rousseau y Kant, teorías que para la época en la que Rawls redactó “Teoría de la Justicia” (1971) habían perdido fuertes adeptos en mano del utilitarismo. Su crítica hacia esta última corriente la expresa de manera clara en el primer capítulo de la obra señalada al remarcar que el utilitarismo fracasó en su tentativa de limitar el llamado a la intuición para zanjar los casos morales (Nurock, 2015). Eso obedeció, según Rawls, a dos razones principales. La primera en función de la orientación consecuencialista del utilitarismo. Esta consideración conlleva la necesidad de plantear el nivel de análisis hacia el aspecto de la ética normativa, es decir, sobre el interrogante acerca de qué instituciones, prácticas sociales o acciones son moralmente correctas o justas. Así, y siguiendo a Nino (1980), esta cuestión puede resolverse a través de dos caminos diversos y contradictorios entre sí. Una respuesta la brinda la teoría del consecuencialismo o teleológica (seguida por la corriente utilitarista) al considerar que debe prevalecer lo bueno por sobre lo moralmente correcto a través de la maximización del bienestar general. En sentido opuesto, la teoría no consecuencialista o deontológica prioriza lo moralmente correcto por sobre lo bueno. Rawls, claro está, adopta esta última posición, tal como ocurre con la mayor parte de los liberalismos políticos. El segundo motivo por el que este autor se opone al utilitarismo obedece a la concepción que esa teoría tiene del individuo y la sociedad dado que posibilita que las personas se fusionen sin respetar la idea de pluralismo (Nurock, 2015).

La teoría rawlsiana reavivó un antiguo debate entre las corrientes kantianas y hegelianas. Apoyadas en Hegel, en los años ochenta surgieron las teorías comunitarista(s) como oposición al liberalismo. Además, la propia teoría desarrollada por Rawls recibió fuertes críticas dentro del mismo seno del liberalismo. Así, Nozick, quien se enrola dentro de una corriente de liberalismo que recibe el nombre de “conservador”, considera que el rol del Estado debe ser ultramínimo, es decir, que el único propósito legítimo que posee es el de la protección de los derechos contra su violación, mientras que todas las otras funciones son ilegítimas porque implicarían una violación de derechos (Nozick, 1988: 40). Como se verá en los párrafos siguientes, Rawls sostiene una posición del Estado más activa dado que las instituciones fundamentales deben contribuir de manera primordial a igualar a las personas en sus circunstancias básicas

que la exigencia de justicia en las familias, no sólo sea irrazonable, sino dañina (Okin, 1989).

(Gargarella, 1999: 45). Esa mirada lo emparenta hacia un liberalismo al que algunos filósofos políticos denominan como igualitario (Nino, 1980).

A pesar de ello, autoras/es que se enrolan en esa teoría establecen ciertas críticas a los postulados de Rawls debido a que sus premisas no permiten satisfacer de manera plena una pretensión igualitaria. Así, Dworkin sostiene que ese autor yerra en hacer responsables a los individuos de situaciones en las que no son responsables como por no hacerlos responsables de ciertas decisiones que si están bajo su control. Por su lado, Amartya Sen considera que la métrica de la igualdad de los “bienes primarios” es imperfecta dado que se concentra sobre ciertos bienes objetivos y descuida el modo en que esos bienes pueden impactar sobre los individuos que viven en contextos muy distintos. Desde una óptica feminista, MacKinnon considera que la propuesta de Rawls no es suficientemente igualitaria porque no piensa en individuos que conforman parte de un grupo, por no dejar espacio a la historia en las reflexiones sobre la justicia y por concentrarse en las elecciones sin pensar en las cualidades de ellas (Gargarella, 1999).

Como señalamos en los párrafos anteriores, Rawls parte desde una concepción contractualista. En rasgos generales, esta corriente sostiene que la moral exige que cumplamos aquellas obligaciones a las cuales nos comprometimos, y que la razón por la que debemos obedecer a ciertas reglas se debe a que establecimos un compromiso para ello (Gargarella, 1999). Sin embargo, el aporte que realiza ese filósofo político se ciñe, en este punto, a establecer la existencia de un “contrato hipotético” cuyo objetivo versa sobre el establecimiento de ciertos principios básicos de justicia destinados a ser aplicados en la “estructura básica de la sociedad” (Gargarella, 1999: 35). Para poder llegar a ello, Rawls parte de fijar, a través de un procedimiento heurístico, la existencia de una “posición originaria”. Esa situación está conformada por individuos racionales y autointeresados que eligen, por unanimidad y luego de un procedimiento deliberativo, aquellos principios sociales que organizan a la sociedad.

Con la finalidad de evitar que busquen establecer reglas que sólo vayan orientadas hacia sus intereses personales, los sujetos que la integran están abrazados por un “velo de la ignorancia” que les impide conocer cuál es su lugar de clase o estatus social, la fortuna o la desgracia que han tenido en la distribución de capacidades naturales, su inteligencia, su fuerza, su raza, la generación a la que pertenecen, entre otros. A pesar de ello, sí conocen ciertas proposiciones generales como los descubrimientos básicos que las ciencias sociales han hecho en materia de economía, psicología, etcétera. En esta línea, y para que los contratantes estén motivados para adoptar principios de justicia, resulta necesario que esos sujetos anhelan ciertos bienes (“bienes primarios”) indispensables

para cualquier plan de vida. Ellos son de dos tipos, social que están distribuidos por las instituciones sociales —tales como la riqueza, las oportunidades, los derechos—, y natural —talento, salud, inteligencia— (Gargarella, 1999).

Tal como se esbozó, Okin posiciona su teoría desde las bases del liberalismo. Esto implica que, para la autora, ese marco filosófico político es compatible con el desarrollo de una teoría feminista. Sin embargo, la teoría de Rawls resulta, a su modo de ver, insuficiente para advertir la situación de desigualdad en las que las mujeres se hallan subsumidas. Así, durante gran parte del libro “Justice, Gender and The Family”, Okin se propone recoger aquellas cuestiones que sirven para generar un liberalismo feminista y reformular aquello que opaca un reconocimiento hacia las tareas de género dentro del seno familiar¹⁶.

Como señalamos, Okin apunta que la familia, como espacio importante en la formación y desarrollo moral de las personas tuvo una mayor incidencia en las teorías de la filosofía clásica que en los estudios contemporáneos. A pesar de ello, rescata que en la teoría de Rawls existe una preocupación por situar a la familia como un espacio que permite llevar a cabo el desarrollo moral de los individuos y del sentido de justicia que incorporan a lo largo de su vida.

Sin embargo, la autora advierte que a pesar de que existe, por parte de Rawls, una inicial inclusión de la estructura básica de la sociedad, en su desarrollo teórico queda olvidada. Esto es así porque el rol de las mujeres parece ser olvidado en su teoría al considerar que el sexo es moralmente irrelevante al estar oculto por el velo de la ignorancia. Existe, en definitiva, una “ceguera” en cuanto al sexismo. La ambigüedad, plantea Okin, se funda en que Rawls considera que quienes conforman la “cabeza de familia” participan en el proceso de selección de los principios generales quienes, en su mayoría, está llevada a cabo por varones. Si bien la autora reconoce que en sociedades como en la de Estados Unidos (que es desde donde escribe) hay mujeres que ocupan el lugar de la cabeza de familia, Rawls tiende a hacer referencia al sexo masculino dado que, en mucho de sus apartados, utiliza el término “padre”.

En esta línea, Okin (1989) plantea que el autor no hace referencia, en la estructura básica de la sociedad, a la mayor dependencia económica que tienen las mujeres y la división sexual del trabajo dentro de la familia típica o cualquiera de las ramificaciones sociales más amplias de esta estructura básica de género. Así trae a colación la postura que asume Rawls sobre la familia como “una pequeña asociación, caracterizada por una jerarquía definida en la que cada miembro tiene ciertos derechos y deberes” (Okin, 1989:108).

¹⁶ Otro análisis puede verse en Salvi y Nucci (2024).

En función de ello, Okin se pregunta si es posible aplicar el feminismo a los presupuestos de la teoría de Rawls. La autora considera que sí, pero deviene necesario realizar algunos ajustes. Para esto debe deshacerse del supuesto de “cabeza de familia” en la posición originaria y superar las tradiciones liberales en relación a la separación entre lo público como opuesto a lo privado, y lo político de lo no político. Si se logra eso, el concepto del “velo de la ignorancia” se transforma en una noción poderosa para desafiar la estructura de género de las instituciones sociales.

Las críticas que Okin esbozó a la concepción de la justicia rawlsiana fueron retomadas por el propio filósofo en posteriores escritos. Si bien adentrarnos en las revisiones que él realizó a las bases de su teoría excede con creces el objetivo de este capítulo, si podemos señalar que Rawls admitió que a partir de las observaciones que esa autora expuso en “Justice, Gender and the Family” le permitió advertir la viabilidad de establecer una teoría liberal de la justicia igual para las mujeres. Es por eso que en su libro “El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»” el autor le dedicó un capítulo entero al rol que tiene la familia en la estructura básica (Rawls, 2001).

b) Libertarismo

Tal como se señaló en el apartado anterior, las posiciones liberales pueden agruparse en dos grandes ejes. Uno corresponde al denominado “liberalismo igualitario” cuyas bases, que ya fueron explicadas, se hallan en la teoría de la justicia que desarrolla Rawls y que posteriormente fueron robustecidas por aportes de autores como Dworkin, Sen, Cohen, Okin y, en alguna medida, Nussbaum. En sentido contrario aparece el “liberalismo conservador” o “libertarismo” cuyo foco está puesto en justificar la presencia de un Estado mínimo, y quien teoriza sobre esta postura es Nozick, principalmente en su obra “Anarquía, Estado y Utopía”.

Si bien puede advertirse que ambas concepciones centran su justificación ética en la vertiente deontológica, las consecuencias que de ellas se coligen para la justicia de la estructura básica de la sociedad son profundas dado que no sólo impactarán en cómo se le asignan derechos a los individuos, sino que, además, cuál es el alcance que ellos tienen y los límites a su interferencia (Barbarosch, 2015).

El Estado mínimo propuesto por Nozick se dedica exclusivamente a proteger a las personas contra el robo, el fraude y el uso ilegítimo de la fuerza; y a respaldar el cumplimiento de los contratos celebrados entre los particulares (Gargarella, 1999). En palabras del autor en análisis, una concepción de un Es-

tado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por lo tanto, no se justifica (Nozick, 1988). Tal como expresa Rawls, el objetivo de la teoría libertarista:

“consiste en ver cómo un Estado mínimo podría haberse creado a partir de una situación perfectamente justa mediante una serie de pasos, cada uno de los cuales es moralmente permisible y sin violar ningún derecho. Si podemos ver cómo pudo suceder esto cuando todo el mundo actúa como debe y por qué no podría surgir un Estado más vasto, entonces habremos justificado la existencia de un Estado mínimo, siempre y cuando, por supuesto, sea justa la teoría moral que identifica la situación inicial como justa y defina el punto de partida permisible” (Rawls, 1995: 248).

Como explica Gargarella (1999), los derechos naturales conforme a Nozick tienen su fundamento en una intuición básica: la de la propiedad de cada uno sobre sí mismo, es decir, cada uno es el legítimo propietario de su cuerpo. El carácter de la adjetivación como naturales deriva de la importancia que tienen para que cada persona puede llevar adelante su plan de vida¹⁷. De los puntos que aquí se desarrollan puede colegirse que Nozick pone énfasis en la “libertad negativa”. Esto es así, la teoría titular de los derechos del autor, que establece que éstos no pueden ser violentados, colisiona con la tesis de la “libertad positiva” dado que, para que un sujeto pueda llegar a ser libre y lleve a cabo sus planes de vida, de lo único que requiere es que se le garantice su esfera privada de decisión sin interferir con ella (Barbarosch, 2015).

La teoría de Nozick plantea dos argumentos centrales que se encuentran relacionados: la justicia en las transferencias y la teoría de la adquisición justa (Gargarella, 1999). Simplificadamente, la justicia en las transferencias implica considerar que las transacciones voluntarias entre adultos son justas, es decir, que son legítimos los actos libres entre adultos que consienten. Para interpretar el sentido de voluntario Nozick define a contrario el de situación forzada con dos condiciones cumulativas: las opciones de una persona se encuentran restringidas por las acciones de otra y tales acciones violan los derechos de la primera. En tanto, la teoría de la adquisición justa se remonta a los postulados

¹⁷ En la concepción de Nozick los derechos son: a) sólo negativos, es decir, de no interferencia. Los únicos derechos positivos son aquellos que resultan de las transacciones voluntarias entre las personas; b) actúan como restricciones laterales frente a las acciones de los demás, es decir, que la esfera de derechos resulta inviolable frente a pretensiones de los demás, con independencia de las consecuencias; c) son exhaustivos, es decir, vencen frente a cualquier otra consideración moral. Por ejemplo, no existe posibilidad de dar prioridad moral a la preservación del medio ambiente desplazando algún derecho de propiedad ya asignado (Gargarella, 1999).

de Locke con una nueva interpretación, a través de la cual intenta demostrar el paso de la afirmación sobre la autopropiedad o propiedad sobre uno mismo a la propiedad sobre los recursos externos (Gargarella, 1999). Locke afirma que se adquiere la propiedad sobre un objeto que no pertenece a nadie cuando se combina el trabajo de uno con el objeto externo. Esta apropiación es considerada válida, en tanto y en cuanto, se deje “tanto y tan bueno para los demás”. Nozick propone interpretar esta última idea como significando que la situación de los demás “no resulta empeorada” (Gargarella, 1999: 60 y 62)¹⁸.

A la luz de su perspectiva, Okin analiza las ideas libertarias que propone Nozick en el ya mencionado libro “Anarquía, Estado y utopía”. Aquí la autora reafirma que las teorías de la justicia contemporáneas se han construido sin tener en cuenta la existencia de dos sexos, el masculino y el femenino. Desde esa perspectiva Okin analiza el argumento que los individuos y todo lo que fluye de ellos deben considerarse propiedad absoluta de los mismos, de modo que cualquier redistribución social es injusta porque violaría sus derechos (Okin, 1989).

La autora se pregunta ¿Qué pasa con los argumentos libertarios cuando los aplicamos a todos los miembros adultos de la sociedad, tanto mujeres como hombres? Centrándose fundamentalmente en Robert Nozick, llega a la conclusión de que su teoría se reduce al absurdo cuando se tienen en cuenta las mujeres. En lugar del Estado mínimo, lo que resulta es una extraña combinación de matriarcado y esclavitud que se asemeja a una distopía. La suposición de que cada persona es dueña de sí misma sólo puede funcionar mientras uno descuide dos hechos, a saber: en primer lugar, las personas no son sólo productores sino también los productos del trabajo humano y las capacidades humanas. En este sentido, cualquiera que suscriba el principio de adquisición de Nozick debe explicar cómo y por qué las personas llegan a ser dueñas de sí mismas, en lugar de ser poseídas, como lo son otras cosas, por quien las hizo. En segundo lugar, la capacidad natural de producir personas está distribuida de manera extremadamente desigual entre los seres humanos, en tanto, solo las mujeres tienen la capacidad natural de hacer personas, y todos los seres humanos son necesariamente, al nacer -al menos en la etapa actual de desarrollo tecnológico-, el producto de capacidades y trabajo específicamente femeninos (Okin, 1989).

El libertarismo en cualquier forma asume tácitamente, un ámbito de vida privada en el que se atienden las necesidades reproductivas y de crianza de los seres humanos y supone que el trabajo realizado en este ámbito no es trabajo en el mismo sentido, ni merece las mismas recompensas, que el realizado fuera de esta esfera. De esta manera, detrás de la fachada individualista del libertarismo, la familia se asume, pero se ignora (Okin, 1989).

¹⁸ Por razones de espacio no nos detenemos en las diversas debilidades que se le marcan a la teoría.

c) Comunitaristas

Como enseña Gargarella y hemos adelantado, el comunitarismo como corriente de pensamiento filosófico surgió en la década de los años ochenta (80) y sus bases se han construido en polémica con el liberalismo en general, y con el liberalismo igualitario en particular (Gargarella, 1999). Sin perjuicio de este elemento unificador en torno a la oposición a los postulados del liberalismo, que conforme al autor puede ser analizado como un nuevo enfrentamiento entre las posturas de Kant y Hegel, es difícil reconocer al interior de la corriente un pensamiento homogéneo¹⁹. Se mencionan como representantes a Charles Taylor; Alasdair MacIntyre; Michael Sandel y Michael Welzel; siendo los “textos fundamentales” respectivamente de cada autor, “Hegel y la sociedad moderna” (1979); “Tras la Virtud” (1981); “El liberalismo y los límites de la justicia” (1982); y “Las esferas de la justicia” (1983) (Gargarella: 1999). La atención de Okin se sitúa de modo particular en discutir los postulados de MacIntyre y Welzel, como veremos a continuación.

La principal crítica que la teoría comunitarista realiza a la concepción liberal está circunscrita al rechazo de la idea de que las personas funcionan como un ente separado e independiente en el que cada ser posee los mismos derechos formales y con el derecho a mantener a las demás personas separadas. Así es que, para la teoría en análisis, una vida en comunidad no sólo implica el mero respeto de los derechos de los sujetos que componen el entramado social, sino que consiste, además, en ocuparse de las necesidades e intereses particulares y de contribuir a su satisfacción (Young, 2000).

Desde esa óptica, autoras como Young (2000) señalan que la teoría liberal que desarrolla Rawls no deja lugar para la conformación de “grupos sociales”, es decir, aquellas conjunciones de personas que están enlazadas por un resultado relacional de interacciones, significados y afinidades que les permiten estar identificadas unas con otras. Esos grupos se cimentan sobre criterios objetivos de opresión estructural basados en una situación de explotación, marginación, carencia de poder, violencia y, sobre todo, imperialismo cultural (Young, 2000).

A diferencia de lo que ocurre con la corriente del individualismo liberal que se subsume a negar la diferencia y pregonar al “yo” como una unidad de carácter sólida y autosuficiente que no es definida por nadie ni nada que no sea él mismo, quienes sostienen las concepciones comunitaristas postulan como ideal social la fusión antes que la separación dado que conciben al sujeto como una

¹⁹ Así el comunitarismo retoma las críticas que realizara Hegel a Kant en torno a entender que la plena realización del ser humano deriva más de su completa integración de los individuos a la comunidad y no del ideal de sujeto autónomo (Gargarella, 1999).

relación de unidad o interacción mutua que se haya compuesto por una identificación y simetría entre los individuos dentro de una totalidad (Young, 2000).

En esta línea, destaca Okin que los comunitaristas parten de afirmar el fracaso o la irrelevancia de intentar separar las teorías morales o políticas del pensamiento de las personas reales que viven en momentos específicos y en comunidades particulares. En su lugar, proponen construir teorías de la justicia como una combinación de tradiciones, valores latentes o profundamente arraigados, o significados o interpretaciones compartidos (Okin, 1989).

Para la pensadora en análisis, tanto el “enfoque de las tradiciones” como el de los “entendimientos compartidos” son incapaces de abordar el problema de los efectos de la dominación social sobre las creencias y los entendimientos. En consecuencia, demuestran ser formas de pensar inútiles cuando se incluye a las mujeres como sujetos plenamente humanos en las teorías sobre la justicia o se trata de evaluar el género según los estándares de justicia²⁰. No obstante, reconoce la autora -aunque no comparte- que varias teóricas feministas han llegado a considerar al comunitarismo como un aliado en la lucha contra la abstracción masculinista, la imparcialidad y universalidad de la justicia²¹ (Okin, 1989).

i. Alasdair MacIntyre: la tradición

Como señalamos, Okin apunta a la imposibilidad de modificar en base a las tradiciones la situación de desigualdad de la mujer. En especial, las tradiciones que provienen del pensamiento de Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás, que son las que según la autora adopta MacIntyre como la mejor forma de “racionalidad” en la cultura occidental. Así, los roles sociales específicos son los supuestos sobre los que se construyen las tradiciones, y la ética se centra en las virtudes necesarias para el desempeño de los roles (Okin, 1989).

En este sentido, apunta contra la falta de racionalidad de las tradiciones en las que apoya la teoría MacIntyre para responder a una de las crisis epistemológicas más graves de nuestro tiempo: cuál es el desafío del feminismo. Okin considera que la tradición que según el comunitarista brinda la mejor explicación de la justicia y la racionalidad combina la misoginia y el sexismo de dos de las tradiciones de la cultura occidental que han sido más hostiles a reconocer la idea de la humanidad plena de la mujer.

²⁰ Otra crítica a la teoría comunitarista desde la perspectiva feminista puede verse en Friedman (1989).

²¹ Puede verse también García Amado (1992).

Relata la autora:

“Imaginemos, en un primer momento, que la mujer es joven, sana, blanca, heterosexual, casada y que los ingresos de su hogar son medios. Criada en una familia bastante tradicional, sin embargo, como muchos de sus compañeros, ha llegado a tener expectativas de llevar una vida que involucra tanto la maternidad como el trabajo asalariado. Está contenta con su familia y otras relaciones personales, pero frustrada por el aburrimiento, el callejón sin salida y la baja paga de su trabajo asalariado, en el que se queda porque sus horarios y demandas son compatibles con las responsabilidades que percibe como esposa y madre. Le preocupa que aceptar una ocupación más exigente pero más interesante pueda poner a prueba su matrimonio y perjudicar a sus hijos. ¿Cómo le ayudará entablar una conversación con las tradiciones aristotélico-cristianas que MacIntyre prefiere al liberalismo?” (Okin, 1989: 59).

Al entrar en la pregunta sobre la posibilidad de considerar al feminismo como una tradición, apunta Okin que MacIntyre a veces describe a la tradición como un contexto definitorio, enfatizando la naturaleza autorizada de sus “textos”; otras veces habla de una tradición como “viva”, como una “narrativa aún no completada”, como un argumento sobre los bienes que constituyen la tradición. Para la autora, el feminismo no puede ser considerado una tradición en el primer sentido, en tanto, la mayoría de las feministas no tienen textos autorizados. Al mismo tiempo, las teóricas feministas no están de acuerdo entre sí en muchos aspectos, discutiendo tanto con sus predecesoras como con sus contemporáneas en muchos puntos, menos en el tema que las nuclea: la convicción de que las mujeres son seres humanos de ninguna manera inferiores a los hombres, que merecen la misma consideración que ellos en cualquier teoría política o moral. El feminismo puede ser considerado así, claramente una tradición, en el segundo sentido mencionado, en el de constituirse en un argumento vivo (Okin, 1989).

ii. Walzer: los entendimientos compartidos

Este autor comunitarista no busca la respuesta al reconocimiento de los principios de justicia en las tradiciones pasadas, sino en los entendimientos compartidos actualmente, y cree que estos entendimientos en nuestra cultura son fundamentalmente igualitarios. Okin señala que de la obra de Walzer se

puede inferir su posicionamiento sobre la injusticia de la estructura de género, pero dado el énfasis que pone en los “entendimientos compartidos” de una cultura como base de la justicia -ligadas a una cultura particular conformada por seres humanos históricos reales con pleno conocimiento de quiénes son y dónde están situados en la sociedad-, resulta difícil la conciliación de ambas tesis, atento a la falta de entendimientos compartidos sobre el género, por parte incluso de las propias mujeres como grupo oprimido (Okin, 1989).

Para Walzer la justicia es relativa a los significados sociales y estos últimos son de carácter histórico, por tanto, las distribuciones justas e injustas cambian con el tiempo; asimismo de los entendimientos compartidos derivan los derechos y deberes de los hombres y de las mujeres. El peligro de una teoría de la justicia con base en estas premisas, radica en que lo justo depende en buena parte de lo que las personas estén convencidas, no puede hacer frente así a una situación de dominación generalizada. De esta manera no se pueden considerar como justos criterios como la jerarquía, aunque exista respecto a él un entendimiento social compartido: el acuerdo o la falta de disidencia no pueden legitimarlo (Okin, 1989).

d) Del horizonte a la dimensión axiológica: repensando el Principio Supremo de Justicia (PSJ)

Las críticas que realiza la autora nos llevan a repensar el contenido del Principio Supremo de Justicia como esfera de libertad que permita a cada individuo personalizarse, cuyo marco de referencia proviene del liberalismo. De un lado, para valorar como material estimativo las relaciones familiares, aplicando a ellas la justicia como valor. De otro lado, para tener presente las limitaciones que derivan de su raíz liberal, y enriquecerla con planteos que nos permitan arribar a otras orientaciones del valor²². Para Okin (1989), el desarrollo de una teoría de la justicia totalmente humanista exige una crítica a la dicotomía público/privado en razón del ocultamiento de las desigualdades entre hombres y mujeres. Así es que esboza cuatro argumentos principales para fundamentar su posicionamiento: a) el poder que se ha entendido como fundamentalmente político ocupa un lugar central en la vida familiar; b) la esfera doméstica o privada es en sí misma creada por decisiones políticas, y la pregunta sobre si el Estado puede elegir si intervenir o no en la vida familiar carece de sentido; c) la familia es política porque es el espacio en donde nos convertimos en nosotros

²² Como afirma Nussbaum, para asegurar una capacidad a un ciudadano no es suficiente crear una esfera de no interferencia, sino que la concepción pública debe diseñar el entorno material e institucional de forma tal que provea el necesario apoyo afirmativo a todas las capacidades relevantes (Nussbaum, 2001).

mismos con género; d) la división del trabajo al interior de la familia levanta barreras prácticas y psicológicas contra las mujeres en todas las demás esferas de la vida²³.

Al mismo tiempo, y como consecuencia del Principio Supremo de Justicia y de la familia como material estimativo del mismo, vale pensar los medios de protección del régimen de justicia, en especial, contra los demás en las relaciones de familia. En este aspecto, una crítica apunta a señalar las limitaciones de la tesis de Okin en relación a la elección de un modo de vida en el cual se dé un reparto igualitario de la labor productiva y reproductiva. Así, desde una perspectiva liberal se marca la debilidad de suponer que todos los individuos elegirían el mismo curso de acción, por irrealista u homogeneizador (Abbey en Di Tullio, 2015). De esta forma llegamos al momento de mayor tensión entre la libertad personal y la justicia considerando que, al igual que todos los liberales, Okin cree que el pluralismo puede ser legítimamente limitado por la justicia, y aplica este razonamiento al hogar (Di Tullio, 2015)²⁴.

Desde la perspectiva de repensar el Principio Supremo de Justicia, la tesis de Okin invita a profundizar las relaciones entre la igualdad, la unicidad y la comunidad²⁵. En este aspecto, siguiendo a Di Tullio Arias (2015) las feministas liberales coinciden en criticar al liberalismo, al denunciar que tras las nociones de igualdad y el sostenimiento de la distinción público/privado se protege la desigualdad de género, produciéndose así el mayor punto de ruptura entre el feminismo liberal y el liberalismo.

3. Énfasis en alguna rama jurídica

Okin (1989) pone su centro de atención en la familia al afirmar la necesidad de analizar a la justicia dentro de la misma. Como se mencionó, la autora crítica a los teóricos de la justicia porque han ignorado la discusión sobre la justicia dentro de las familias, y no han dado cuenta de las inequidades que con

²³ La autora desarrolla esta crítica en el Capítulo 6 de la obra en estudio, analizando las teorías de Michael Walzer y Roberto Unger. La autora considera que en los *Legal Critical Studies* hay potencial para repensar la dicotomía público/privado y para evaluar la vida familiar conforme a los estándares de justicia, en tanto el movimiento hace foco en las desigualdades reales y las diferencias de poder que socavan las igualdades formales de Derecho (Okin, 1989).

²⁴ La cita es de Abbey Ruth con la obra “The Return of Feminist Liberalism” (2011). Durham: Acumen. La crítica es a partir de la afirmación de Okin que señala “fomentar y facilitar el reparto igualitario entre hombres y mujeres del trabajo remunerado y no remunerado, de la labor productiva y reproductiva. Debemos trabajar hacia un futuro en el que todos/as seamos propensos/as a elegir este modo de vida”.

²⁵ No nos detendremos en la problemática que presentan las elecciones y autonomía de las mujeres. Puede verse: Di Tullio Arias (2015) y Álvarez Medina (2018).

razón del género se producen en las mismas, las cuales repercuten en cómo pensar la justicia en el ámbito “público”. En síntesis, el principal tema que Okin presenta como objeto de su análisis es la familia, pero la misma es abordada desde un prisma de debate sobre criterios de justicia.

Señala la autora que los filósofos de las teorías de la justicia parten para sus postulados de la premisa de un ser autónomo para construir sus principios de justicia, pero no se ocupan de repensar la justicia de la institución que forma a esos seres autónomos, es decir, a la familia²⁶. Okin (1989) pone énfasis en la importancia de la familia para el desarrollo moral de los individuos, apuntando dos razones: la primera, es que la mayoría de los teóricos asumen, aunque no discuten, la familia tradicional estructurada por género; la segunda, que a menudo emplean un lenguaje neutral en cuanto al género de una manera falsa y hueca, lo cual se evidencia al intentar extender los argumentos para que sean alcanzadas las mujeres.

Tanto las teorías contemporáneas de la justicia, como las del pasado, se refieren a “hombres con esposas en casa”, con lo que se quiere señalar, la suposición implícita de “familias con género” que operan fuera del alcance de las teorías (Okin, 1989: 13). De esta manera, el matrimonio estructurado por género hace que las mujeres sean más vulnerables.

En función de lo antedicho podemos establecer que en relación a las ramas jurídicas, los aportes de Okin ponen en discusión la intersección del Derecho Público y del Derecho Privado²⁷. Esto en razón de entender conforme a Facchi (2005), que mientras el espacio de autonomía y de no intervención del Derecho Público se ha traducido en ausencia de tutela para las mujeres contra la discriminación que sucede al interior de las familias, el Derecho Privado, a pesar de haberse ocupado de la regulación de la familia, lo ha hecho de una manera limitada: de un lado, estableciendo normatividades para la configuración externa, regulando así su “forma jurídica”; y de otro lado, reglamentando las relaciones de los individuos cuando el conflicto alcanza un grado tal, que no permite ser contenido, ni resolverse en el interior. En igual sentido, Pitch resalta que la llamada esfera privada, de la que forma parte la familia, no sólo es construida de forma separada de la esfera pública, sino generalmente protegida de la mirada externa y de la intrusión del Estado y de sus instituciones. Esto ha traído consigo la posibilidad de un poder por parte del cabeza de familia que se ejercita de manera arbitraria y a veces violenta (Pitch, 2010). Se consolida, de esta manera, lo que sucede dentro -y fuera del alcance del Derecho estatal- y lo

²⁶ Nussbaum refiere a la ficción de la edad adulta competente de la que parten las ideas de la justicia basadas en el contrato social (Nussbaum, 2001).

²⁷ Para una conceptualización sobre lo público y lo privado puede verse Pitch (2010).

que excepcionalmente emerge²⁸ (Facchi, 2005).

Como expresa Facchi (2005), el problema del contenido político de la familia expone un problema central en la reflexión feminista ¿hacer público lo que tradicionalmente ha sido privado y en consecuencia hacer emerger áreas escondidas de poder masculino, o bien, sustraer a la esfera pública del Estado y del Derecho cuestiones consideradas de pertenencia exclusiva de la autodeterminación femenina y en consecuencia devolverlas a lo privado?

4. Funciones del Derecho

Nussbaum (2001) reafirma la adecuación de las teorías liberales de la justicia para tratar las preocupaciones de las mujeres. No obstante, reconoce las dificultades para abordar la igualdad sexual en dos áreas: la de la necesidad y la dependencia: dado que no logran introducir en la estructura social básica la preocupación por el cuidado en tiempos de dependencia asimétrica; y la distribución justa al interior de la familia²⁹. Particularmente, la obra de John Rawls al ver a la familia como una esfera de elección personal protegida se encuentra en tensión con pensar a la familia como “estructura básica” de la sociedad.

Al mismo tiempo, la familia no existe por naturaleza, sino que es algo construido, según Nussbaum, por la acción estatal. Y en tal entendimiento, el Estado debería asegurar que la construcción se haga de modo compatible con la justicia para mujeres y niños (Nussbaum, 2001). En términos prácticos, Rawls piensa que no podemos crear reglas para la división de las labores en las familias, o penalizar a aquellos que no cumplan con el caso. Pero a nivel legislativo, se pueden introducir leyes que protejan la absoluta equidad de las mujeres como ciudadanas (Nussbaum, 2001). Estas afirmaciones, nos permiten pensar, de un lado la adecuación y los límites de las teorías liberales para dar cuenta de los problemas de las mujeres; y de otro, la construcción estatal de la familia. En este sentido, le cabría al Estado —y al Derecho estatal— una función de control social y distributiva.

De otro lado, en relación al vínculo del Derecho con el cambio en las conductas, remarca Okin que:

“Si bien las sanciones legales que defienden la dominación masculina han comenzado a erosionarse en el siglo pasado, y

²⁸ Esto ha llevado a plantear el “pluralismo jurídico” en base a las normas que se crean al interior de las familias (Facchi, 2005).

²⁹ Para la autora, un liberalismo neoaristotélico basada en una noción de las capacidades humanas como metas políticas centrales es una posición atendible para intentar una nueva alternativa liberal (Nussbaum, 2001).

más rápidamente en los últimos veinte años, el gran peso de la tradición, combinado con los efectos de la socialización, todavía funciona poderosamente para reforzar los roles sexuales que comúnmente son considerados de desigual prestigio y valor” (Okin, 1989: 5-6).

Esto está en relación con lo planteado por la autora acerca del lugar de la familia como espacio de formación moral de los individuos, y el hecho de que si los/as niños/as crecen en espacios constituidos por relaciones injustas -como es para Okin el caso de las familias-, aprenderán ese tipo de relaciones, por ello se pregunta ¿Qué pueden aprender de la igualdad los niños si las casas, donde ellos empiezan a crecer y a ver los primeros ejemplos de interacción humana, no están regidas por los principios de igualdad y reciprocidad, sino por dependencia y subordinación?, ¿Cómo podemos, en familias caracterizadas por una estructura jerárquica, donde los roles sexuales están asignados con rigidez, aprender a ponernos en el lugar del otro y descubrir que haríamos en su lugar, como requiere la teoría rawlsiana? (Okin, 1989).

5. Estrategia jurídica

Okin (1989) critica la posición feminista de la década de 1980 la cual afirma que la “justicia” y los “derechos” son formas masculinas de pensar sobre la moralidad que las feministas deberían evitar o revisar radicalmente, y que defienden una moralidad del cuidado. Valora que se ha exagerado la distinción entre la ética de la justicia y la ética del cuidado, y argumenta que la mejor teoría sobre la justicia tiene como parte integral las nociones de cuidado y empatía, de pensar en los intereses y bienestar de otros que pueden ser muy diferentes a nosotros. Como comenta Facchi (2005), para Okin la distinción entre ambos tipos de ética dentro de la teoría feminista, hace que se excluya a la familia de la reflexión y el análisis de la teoría política.

Por tanto, podemos interpretar que Okin consideraría la posibilidad de uso estratégico del Derecho para alcanzar el objetivo de la igualdad, como resultado de pensar la justicia en el seno de la familia, y a través del reconocimiento de criterios de justicia modificar relaciones intersubjetivas de desigualdad. Se debería trascender de este modo, como hemos señalado, la dicotomía público/privado. Como apunta Bedin (2015) Okin plantea la necesidad de atender las desigualdades para poder implementar ciertas políticas tendientes a equiparar las cargas en el interior de la familia. Es decir, se resalta la necesidad de atender las exigencias de las mujeres para superar las injusticias que se derivan de la estructura del género.

Okin (1989) realiza una propuesta concreta para que las mujeres que realizan labores domésticas dejen de depender económicamente de sus esposos, para ella se podría reconocer a ambos cónyuges el mismo derecho al sueldo, dividiéndolo en partes iguales. Porque la realidad es que, un trabajador es capaz de satisfacer los requisitos de su ocupación remunerada, gracias al trabajo no remunerado del otro cónyuge que se queda en casa para criar a los hijos, educarlos y conducir el trabajo doméstico, y por ello considera que no sería invasivo que la ley estableciera un salario para ambos cónyuges (Okin, 1989).

En relación a su posicionamiento sobre los derechos de las minorías étnicas y la estrategia a seguir, se le critica a la autora que incurre en el mismo error que ella misma señala de la teoría de Rawls: la de sostener que es posible, y tal vez necesario, desprenderse de las identidades de la religión, la cultura y las tradiciones. De esta manera, Okin llega a la conclusión de que la mejor solución para garantizar la igualdad de las mujeres inmigrantes es el abandono de la propia cultura para adaptarse a los estándares previstos en las sociedades occidentales (La Barbera, 2007). Esta perspectiva no le da la debida importancia al hecho de que todas las comunidades están caracterizadas no sólo por una estructura patriarcal sino también por la resistencia opuesta a dicha estructura. En este sentido, la autora no considera que exista más de una respuesta al problema jurídico de la desigualdad de género porque muchas son las maneras en que el género toma forma en los distintos contextos sociales (La Barbera, 2007)³⁰.

II. La perspectiva didáctica

Los aportes de Okin nos invitan a reflexionar sobre la familia como objeto o material estimativo de la justicia; y al mismo tiempo, a repensar al Principio Supremo de Justicia desde el horizonte de las teorías de la justicia, con las respectivas críticas que formula la autora sobre la ceguera de la justicia de género, tanto de las teorías tradicionales como contemporáneas. Al mismo tiempo, nos propone a partir de su crítica una relectura del liberalismo igualitario de John Rawls, y nos invita a pensar en los puntos de tensión entre el feminismo liberal y el liberalismo. De esta manera, los aportes de Okin son va-

³⁰ Se apunta como crítica que Okin piensa al feminismo liberal como el “único feminismo posible”. Se le ha remarcado también la falta de reconocimiento de posibilidad de agencia a las mujeres de culturas o religiones minoritarias, al mismo tiempo que una “esencialización” de categorías cuando se refiere a la mujer: hace caso omiso a las múltiples diferencias de las mujeres, y su posicionamiento desde el punto de vista de la mujer blanca, racional, libre y occidental (Di Tullio Arias, 2015).

lios tanto para la Teoría General del Derecho, desde sus elementos comunes (las dimensiones del mundo jurídico); como de sus elementos particulares: las ramas jurídicas: los casos que comprenden y las relaciones entre las mismas.

III. Conclusiones

Como se colige de la lectura del presente capítulo, Okin fue una de las máximas exponentes de la corriente filosófica del feminismo liberal. A través de su libro “Justice, Gender and the Family” retomó los postulados que John Rawls desarrolló para la construcción de la teoría de la justicia con base en el liberalismo igualitario y los tamiza a la luz de las nuevas exigencias de justicia que requiere una sociedad que propenda a una real igualdad entre varones y mujeres. Desde su óptica, hasta ese momento la preocupación de la filosofía política por indagar acerca de cómo opera la desigualdad de género en el seno de la familia había sido insuficiente.

A pesar de su crítica, la autora no considera que la mirada contractualista que propone Rawls deba ser desechada. Por el contrario, señala que si se deshace del supuesto de “cabeza de familia” que se propone en la posición originaria, así como de la oposición de lo público y lo privado, el concepto que él desarrolla del “velo de ignorancia” se transforma en una herramienta poderosa para desafiar la estructura de género en las instituciones sociales. Esto permitiría dar respuesta a las inequidades que con razón del género se producen dado que repercuten en cómo pensar la justicia en el ámbito “público”.

Desde nuestra construcción del mundo jurídico, Okin nos lleva a repensar el Principio Supremo de Justicia que abrega desde el Integrativismo Tridimensional Trialista y que está anclado sobre una de las máximas del liberalismo político que consiste en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad dentro del cual sea capaz de personalizarse. Desde este punto, la autora permite arribar a otras orientaciones de valor y pensar los medios de protección del régimen de justicia, especialmente contra las demás en las relaciones de familia. Así es que nos invita a repensar la justicia dentro del seno de la familia.

Referencias bibliográficas

ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2018). La autonomía de las personas. Una capacidad relacional, en *El derecho y la Justicia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BARBAROSCH, Eduardo (2015). *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*. 2da edic., 1ra. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

BEDIN, Paula (2015). Críticas feministas a la teoría liberal contemporánea de John Rawls: repensando los conceptos de ciudadanía y el universalismo. *Revista Clepsydra*, N° 14, pp. 69-94.

BELTRÁN, Elena *et. al.* (2001). *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*. 1ra. ed., 2da. reimp., Madrid: Editorial Alianza.

CIURO CALDANI, Miguel (2019). *Una teoría trialista del mundo jurídico*. Rosario: FDER edita.

DI TULLIO ARIAS, Anabella (2015). *Teoría feminista y liberalismo: el devenir de una relación problemática*. Tesis doctoral, Universitat de Barcelona.

FACCHI, Alessandra (2005). El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Guillian a Tove Stang Dahl. *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, N° 6, pp. 27-47.

FRIEDMAN, Marilyn (1989). Feminism and Modern Friendship: Dislocating the Community. *Ethics*, N° 99, pp. 275-290.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1992). ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, pp. 13-42.

GARGARELLA, Roberto (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Buenos Aires: Paidós.

GOLDSCHMIDT, Werner (2005). *Introducción filosófica al derecho*, 6ta. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis.

JARAMILLO, Isabel (2000). La crítica feminista al Derecho (estudio preliminar), en *Género y teoría del Derecho*, Robin, West (aut.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 25-66.

LA BARBERA, María Caterina (2007). Una reflexión crítica a través del pensamiento de Susan Okin sobre género y justicia. *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, N° 16, pp. 1-15.

NINO, Carlos Santiago (1980) *Introducción al análisis del derecho*. 2da. edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea.

- NINO, Carlos Santiago (1993). Justicia. *Doxa*, N° 14, pp. 61-74.
- NOZICK, Robert (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- NUROCK, Vanessa (2015). *Rawls. Por una democracia justa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Jusbaire.
- NUSSBAUM, Martha (2001). El futuro del liberalismo feminista. *Arété. Revista de Filosofía*, vol. XIII, N° 1, pp. 59-101. (trad. Michell Nicholson).
- OKIN, Susan Moller (1989). *Justice, Gender and the Family*. United States of America: Basic Books.
- PITCH, Tamar (2010). Sexo y género de y en el Derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, pp. 435-459 (trad. Mariano Maresca).
- RAWLS, John (1995). *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- RAWLS, John (2001). *El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»*. Barcelona: Paidós.
- SALVI, Nicolás y NUCCI, Agustina (2024). La trampa universalista de la justicia rawlsiana: aportes desde los feminismos para el reconocimiento de sujetos estructuralmente desaventajados. *Revista de Filosofía*, avance en línea, pp. 1-20.
- YOUNG, Iris Marion (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra (trad. Silvina Álvarez).

CAPÍTULO II

ÉTICA DEL CUIDADO DE CAROL GILLIGAN Y SU INTERSECCIÓN CON EL DERECHO

Mariana Brocca³¹

Pilar Gómez Iriondo³²

I. La perspectiva teórica

1. Contexto histórico-político en el que se inserta la autora

Carol Gilligan es una psicóloga y filósofa feminista estadounidense, nacida el 28 de noviembre en la ciudad de Nueva York. Fue la primera profesora de los Estudios de Género en la Universidad de Harvard (desde el año 1997), institución en la que – además de impartir clases – realizó su doctorado. Gracias a sus aportes, se reafirmó la participación de las mujeres como sujetos de las investigaciones científicas y, además, se impulsó un movimiento feminista basado en el principio de la no violencia, el cual surge a partir de su teorización sobre la ética del cuidado. Esta contribución fue, probablemente, la de mayor importancia dentro de su prolífera trayectoria académica, la cual quedó plasmada, por primera vez, en su libro “*In a Different Voice*”, donde cuestiona la teoría del desarrollo moral propuesta por Lawrence Kohlberg.

Kohlberg había adquirido relevancia en el ámbito de la psicología al ampliar la teoría del desarrollo moral introducida por Jean Piaget (su mentor) en la búsqueda de comprensión del razonamiento moral. Su aporte fue notable para la época, al punto de influir en el trabajo de pensadores de renombre como John Rawls y Jürgen Habermas (Tronto, 1993). De acuerdo con su enfoque teórico, el desarrollo moral se estructura en seis etapas: dos en el nivel pre-convencional (moralidad heterónoma y moralidad individual/instrumental);

³¹ Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CEDH, Buenos Aires, Argentina / CONICET, Argentina.

³² Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Argentina.

otras dos en el nivel convencional (moralidad normativa interpersonal y moralidad del sistema social); y finalmente, las dos últimas en el nivel post-convencional (moralidad de derechos humanos y bienestar social, y moralidad de principios éticos generales universalizables, reversibles y prescriptivos) (Tronto, 1993).

Según la perspectiva de Kohlberg, las etapas de desarrollo moral presentan las siguientes características: (a) son de naturaleza cognitiva, ya que su progresión depende del uso y desarrollo de herramientas intelectuales; (b) siguen un orden secuencial, donde cada individuo atraviesa por todas ellas en la cadena establecida; y (c) son jerárquicas, en el sentido de que aquellas personas en las etapas más altas demuestran una mayor inteligencia moral en comparación con quienes se encuentran en las etapas inferiores (Tronto, 1993). Kohlberg argumenta que alcanzar el nivel post-convencional (quinta etapa) se produce cuando una persona comprende su participación en la creación de normas y leyes morales a través del contrato social. Por lo tanto, quienes llegan a la sexta etapa están capacitados para discernir y actuar “correctamente” después de haber considerado todas las perspectivas y argumentos relacionados con el asunto en cuestión (Tronto, 1993).

Al evaluar la aplicabilidad de la teoría de Kohlberg, Gilligan (que había colaborado en la investigación de aquél) expone que las mujeres habían sido omitidas, dado que sólo se había considerado, a lo largo de veinte años, a ocho niños varones. La investigadora argumenta que, aunque Kohlberg reclama la universalidad de su teoría, en realidad propone una conceptualización de la moralidad desde una perspectiva de derechos, que presupone que los niveles más altos alcanzarán una solución objetivamente justa para el dilema moral, la cual sería aceptada por todas las personas racionales (Gilligan, 1982). Sin embargo, al llevar a cabo esta investigación centrada en las mujeres, se encontró con que estas no alcanzaban los niveles superiores de desarrollo moral según la escala de Kohlberg.

En lugar de sugerir que las mujeres eran incapaces de desarrollar una moralidad al nivel de los varones, Gilligan plantea que, en realidad, esto se debía a que ellas reconocían las limitaciones de todas las soluciones posibles y también describían conflictos persistentes (Gilligan, 1982). Ello muestra la existencia de dos tipos distintos de moralidad: mientras que los varones se relacionan con una ética basada en la justicia, las mujeres lo hacen con una ética del cuidado. Esa es la razón, de acuerdo a Gilligan, por la cual tanto las mujeres como otros grupos no considerados en los estudios de Kohlberg no alcanzaban los niveles superiores de su escala (Gilligan, 1982).

La invisibilidad de esta perspectiva se explica por el hecho de que, hasta ese momento, las teorías se consideraban como neutrales respecto al género, aunque en realidad estaban notablemente sesgadas en su observación y evaluación (Gilligan, 1982). Gilligan argumenta que la vida masculina se asumía implícitamente como la norma, lo que llevaba a moldear a las mujeres dentro de un contexto masculino (Gilligan, 1982). Por lo tanto, sostiene que, durante siglos, las voces y experiencias de los varones fueron las únicas consideradas en las teorías sobre el desarrollo moral, mientras que las mujeres permanecieron silenciadas, junto con sus experiencias. Esto condujo a la percepción de que sólo existía un modelo de experiencia social en lugar de dos (Gilligan, 1982).

En este contexto, Gilligan (1982) enfatiza que no sólo existe más de un modelo de experiencia social, sino también de interpretación. Según la investigadora, aunque se presume que varones y mujeres comparten el mismo idioma, la realidad es que, aunque utilicen términos similares que podrían parecer intercambiables, están haciendo referencia (a través de vocablos superpuestos) a experiencias radicalmente diferentes. Como resultado, la interpretación de estas experiencias es propensa a traducciones inexactas y confusiones.

Gilligan (1982) destaca la importancia de la integración entre ambos enfoques, argumentando que estas perspectivas no deben ser vistas como mutuamente excluyentes, sino más bien como complementarias y necesarias para una comprensión completa. Mientras que la ética del cuidado postula que ninguna persona debería ser dañada, la ética de la justicia sostiene que todas las personas deben ser tratadas a partir de la premisa de la igualdad. En consecuencia, la combinación de ambas visiones permite una comprensión más profunda de las relaciones tanto entre los géneros como en el ámbito del trabajo adulto y las relaciones familiares.

Gilligan, en consonancia con la concepción de niveles o etapas propuesta por Kohlberg, identifica tres características clave que distinguen la ética del cuidado de la ética de la justicia. En primer lugar, la ética del cuidado se centra en conceptos morales diferentes a los de la ética de la justicia de Kohlberg, priorizando la responsabilidad y las relaciones en lugar de los derechos y las reglas. En segundo lugar, esta moralidad está arraigada en circunstancias concretas en lugar de formalidades y abstracciones. En tercer lugar, se manifiesta no como un conjunto de principios, sino como una actividad, la “actividad del cuidado” (Tronto, 1993). Desde la perspectiva de Gilligan, la moralidad no se fundamenta en principios universales y abstractos, sino en las experiencias cotidianas y los conflictos morales de las personas comunes en su vida diaria (Tronto, 1993).

Al inicio de su obra, Gilligan (1982) precisa que los contrastes entre los resultados observados en varones y mujeres se presentan con el propósito de destacar las disparidades entre dos modelos de pensamiento, con el fin de enfocarse en el problema de la interpretación, y no con la intención de establecer generalizaciones sobre las características de cada género. Asimismo, señala que no busca determinar los orígenes de estas diferencias ni cómo se distribuyen estos modelos de pensamiento en poblaciones más amplias, otras culturas o a lo largo del tiempo. Enfatiza, por tanto, que estas discrepancias surgen dentro de un contexto en el que el estatus social y el poder se entrelazan con la biología reproductiva para configurar las experiencias de varones y mujeres, así como las relaciones sociales de género (Gilligan, 1982).

Según la académica citada, un enfoque plausible de ser aplicado se fundamenta en el concepto de individuación de género propuesto por Nancy Chodorow en 1974. En esta teoría, Chodorow argumenta que las disparidades entre varones y mujeres no derivan de diferencias anatómicas o biológicas, sino de la asignación social temprana de las mujeres al trabajo de cuidado (Gilligan, 1982). En consecuencia, Chodorow postula que las diferencias de género se originan en el período de formación inicial del yo. En este sentido, la separación e individuación de la madre resulta crucial para el desarrollo de la identidad propia en los varones, mientras que, para las mujeres, su identificación femenina no requiere una ruptura clara en el proceso de individuación (Gilligan, 1982).

Aunque no establece explícitamente que la diferencia entre la ética del cuidado y la ética de la justicia sea una cuestión de género, este aspecto ha dado lugar a que su desarrollo teórico sea considerado como punto de partida para tal descripción (Gilligan, 1982; Tronto 1993). Esto ha generado debates diversos, en los cuales Gilligan misma ha tenido que reiterar que la “voz diferente” a la que alude el título de su libro se refiere al tema (la ética del cuidado) y no a las mujeres (Gilligan, 1982). Por consiguiente, investigadoras como Joan Tronto han elaborado la noción de ética del cuidado desde una perspectiva no esencialista e interseccional, con el fin de fortalecer la importancia del cuidado sin asociarlo exclusivamente a las mujeres ni al feminismo de la diferencia.

2. Énfasis en alguna rama jurídica

Si bien Carol Gilligan no trabaja la ética del cuidado desde el Derecho, es factible recuperar algunas posibles aplicaciones de su teoría. Entender al cuidado como una actividad relacional, intersubjetiva, que busca atender a las necesidades de todas las personas para no excluir a nadie, nos permite hallar ejemplos de esta ética en algunas ramas del Derecho como el de las Familias, de Seguridad Social, Laboral y Penal.

a) Derecho de las Familias

Tal como señala Margrit Echler “[l]as familias no son microcosmos aislados” (Echler, 2009: 481) sino que se encuentran vinculadas a toda la estructura social y son moldeadas por esta. De esta forma, frente a una sociedad y un Derecho androcéntricos, se torna de difícil concreción un modelo de familia que escape a dichas estructuras y que sostenga relaciones humanas para el cuidado. Sin embargo, los avances de las luchas feministas y por los derechos humanos en Argentina han permitido que se incorporen y modifiquen institutos particulares en el Derecho de las Familias.

Así, el principio de coparentalidad en la responsabilidad parental (artículo 641 del Código Civil y Comercial) puede concebirse como una aplicación directa de la ética del cuidado, entendida como ética humana (Gilligan, 2013) que pone el eje de protección en la persona y no en la institución de la familia (Schiro, 2017). Este giro copernicano (Maffía y Rietti, 2002) en el entendimiento del deber y derecho de cuidar de los padres y madres hacia sus hijxs “permite desenmascarar la posición de subordinación en el ámbito privado de las mujeres” (Schiro, 2017: 204). A su vez, promueve la plena asunción de los roles parentales que no sólo posibilita una reducción en la sobrecarga de trabajo de cuidado de las mujeres, sino que promueve una dinámica familiar relacional diferente que redundará en beneficios para las parejas y las infancias (Pautassi y Royo, 2012).

Asimismo, otra aplicación de esta ética puede identificarse en el reconocimiento expreso del valor económico del trabajo de cuidado, a través del artículo 660 del Código Civil y Comercial – que se reconoce también en otras normas, como las referidas a las cargas del hogar (arts. 455 y 520), a los alimentos entre cónyuges (art. 432) y a la compensación económica (arts. 442 y 525) –. La relevancia del artículo 660 resulta de ser la primera recepción legislativa del cuidado como aporte a la manutención de lxs hijxs³³ (Minyersky 2019) que posibilita una mejor cobertura de las necesidades de lxs niñxs y, a su vez, funciona como fuente de justicia para las mujeres (López, 2021).

³³ El reconocimiento de valor económico al trabajo de cuidado ya había sido anteriormente receptado por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires había entendido que entre los aportes a tener en cuenta para la fijación de la cuota alimentaria de lxs hijxs se encontraba “4) La contribución que realiza el progenitor que tiene asignada la tenencia del hijo (progenitor conviviente) y la forma en que realiza dicha contribución (por lo general en especie, a través de los cuidados, atenciones y educación proporcionada al menor)” (SCBA, 12/8/2008, “G., M. I. c/ W., G. Alimentos (tenencia-régimen de visitas. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=83960> [Fecha de consulta: 18/05/2024]).

b) Derecho de la Seguridad Social

Históricamente, los sistemas de seguridad social han reproducido una mirada sesgada y androcéntrica y han excluido el trabajo de cuidados de la protección social (Pautassi y Marco Navarro, 2020). Además, las políticas sociales focalizadas han sostenido roles de género tradicionalmente atribuidos a la mujer -por ejemplo, reconociéndola como sujeto beneficiario de prestaciones sociales en tanto “mujer embarazada” o “madre”- que se cristaliza en la transferencia a las familias del cuidado y la alimentación, redundando en una mayor sobrecarga de tareas en las mujeres (Pautassi, 2014).

En primer lugar, cabe destacar la Ley N° 25.994 de “Prestación de Jubilación Anticipada – Plan de Inclusión Previsional”, conocida comúnmente como “jubilación de amas de casa” – aunque, contradictoriamente, no menciona a las mujeres, ni al trabajo reproductivo –. Tatiana Pizarro señala que: “Esta moratoria previsional fue una de las políticas sociales más exitosas en cuanto al impacto en la equidad de género en el acceso a la seguridad social, ya que, de la totalidad de los beneficios otorgados, el 73 % correspondió a beneficiarias mujeres” (Pizarro, 2022: 299).

De esta forma, la “jubilación de amas de casa” permitió no sólo que muchas mujeres puedan acceder por primera vez a un ingreso de manera autónoma y no derivada, sino también que se reconozca el valor histórico y social del trabajo de cuidado realizado por ellas. Al dejar de lado principios abstractos de igualdad, esta medida previsional anticipada incorpora una perspectiva de la contribución social basada en el cuidado y la responsabilidad hacia los demás³⁴.

En segundo lugar, cabe abordar la principal política de transferencia de ingresos: la Asignación Universal por Hijo (AUH), que alcanza a un total de 4.120.641 de niñxs y adolescentes en todo el país (ANSES, 2023). Esta política implicó la inclusión de sectores excluidos y el ingreso de muchas mujeres al sistema de seguridad social, ya no por su vínculo matrimonial sino por ser madre de unx niñx titular de la asignación (Pautassi, 2014).

En la ejecución de la AUH, Pautassi (2014) identifican dos grandes problemas. Primero, que en miras al empoderamiento económico de las madres se privilegia su titularidad por sobre la del padre, lo que refuerza la idea de las mujeres como principales cuidadoras. En efecto, el 95% de las titulares son

³⁴ Sin embargo, no puede dejarse de mencionar que la gran carencia de este sistema anticipado resulta de que “Las moratorias previsionales tienen plazos de vigencia (cabe aclarar que desde el año 2005 hasta el 2014 se realizaron renovaciones), las mismas dependen de la buena voluntad de los gobiernos de turno, situación que no brinda garantías a las y los potenciales beneficiarias/os a futuro respecto al efectivo acceso al beneficio” (Esquivel y Pereyra, 2017: s/p).

mujeres, mientras que el 5% son varones (ANSES, 2023). Segundo, que la condicionalidad de la prestación reproduce sesgos ya no solo de género sino también de clase, al exigir la demostración de su competencia como madres a través del cumplimiento de la asistencia escolar, los controles de salud y la vacunación (Pautassi, 2014).

En ese sentido, resulta pertinente la reflexión de Gilligan (1982) en torno al conflicto interno y social que deben enfrentar las mujeres al tomar decisiones autónomas, claras y responsables, que se contraponen a las expectativas tradicionales de feminidad, principalmente a la bondad y el autosacrificio. En definitiva, su calidad de “buena mujer” —en este caso, buena o mala madre— será juzgada según su habilidad para anteponer los intereses de los demás sobre los propios. “[Es] en su cuidado y preocupación por los demás que las mujeres se han juzgado a sí mismas y han sido juzgadas” (Gilligan, 1982: 70).

c) Derecho Laboral

En el Derecho Laboral argentino, el sistema de licencias representa un paso importante en el reconocimiento del trabajo de cuidado y la importancia de las relaciones familiares. Así, la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, establece licencias de maternidad y de paternidad, y licencias por razones familiares. Sin embargo, las diferencias en su duración sostienen patrones culturales de distribución del cuidado asociados a la concepción del varón como proveedor de recursos económicos y de la mujer como responsable del cuidado de la familia, enfatizando la división entre lo público y lo privado (Faur, 2009). A ello se suma la ausencia de una regulación que contemple licencias laborales por adopción que apoye a los diferentes tipos de familia en sus roles de cuidado (Rodríguez Enríquez y Marzonetto, 2015).

También puede considerarse la reglamentación de las guarderías y servicios de cuidado infantil, que son medidas que buscan equilibrar las responsabilidades laborales y familiares de lxs trabajadorxs. En palabras de Eleonor Faur esta regulación resulta discriminatoria por varias razones:

“1) presupone que será la trabajadora madre quien concurrirá al lugar de trabajo con su hijo/a, y se descarta un derecho equivalente para el trabajador hombre; 2) estimula al empleador para no contratar más que el número de trabajadoras inmediatamente anterior al regulado por la ley, para esquivar la carga extra que supone hacer frente a una sala de cuidado infantil, y 3) resulta un mecanismo restrictivo en el contexto latinoamericano, donde la proporción de

mujeres trabajadoras en el sector formal es apenas del 50% para un promedio de catorce países de América Latina” (Faur, 2009: 525).

Así, si bien la reglamentación generada a partir del fallo Etcheverry de la Corte Suprema no distingue entre géneros, lo cierto es que dicho avance no se ha visto plasmado aún en la letra de la norma. De esta forma, para satisfacer una ética del cuidado en los términos de Gilligan (1982), la normativa laboral debería no sólo dar valor al cuidado, sino hacerlo atendiendo las necesidades de todas las personas (padres, madres y niñxs). No obstante, como fue señalado al comienzo de este capítulo (y será retomado luego), existen interpretaciones desde la mirada del feminismo de la diferencia que no necesariamente abogarían por una redistribución de la provisión del cuidado entre varones y mujeres.

d) Derecho Penal

Como se ha mencionado, la ética del cuidado enfatiza la importancia de las relaciones intersubjetivas y la interdependencia, a la par que propone un enfoque relacional y contextual en la resolución de los dilemas morales, basado en la empatía y la responsabilidad. Por su parte, la ética de la justicia se enfoca en principios abstractos de justicia que se aplican en base a una lógica racional.

En tal sentido, Gilligan (1982) argumenta que las decisiones morales no deben tomarse de manera abstracta, sino teniendo en consideración el contexto, las relaciones y las circunstancias específicas de cada caso. Esto es crucial en el debate sobre el derecho al aborto, donde las decisiones se ven profundamente intervenidas por las situaciones particulares de las personas gestantes. Así, la autora cita a Dworkin quien sostuvo que “[l]a decisión sobre el aborto no es un problema único, desconectado de todas las demás decisiones, sino más bien un ejemplo dramático e intensamente revelador de las elecciones que las personas deben hacer a lo largo de sus vidas” (Gilligan, 1982: xii).

En su libro “*In a Different Voice*”, Gilligan (1982) incluye una investigación con personas que atravesaron un embarazo y, en dicho proceso, habían analizado la opción de interrumpirlo de manera voluntaria. Allí la académica busca explorar los sentimientos, pensamientos y reflexiones en torno al dilema moral en el que se encontraban inmersas estas mujeres. Una de las conclusiones clave de Gilligan fue que las mujeres tienden a enmarcar sus decisiones tanto en relación a sus deseos individuales como en términos de sus relaciones y responsabilidades hacia los demás. Con ello, Gilligan introduce los tres estadios del desarrollo de la ética del cuidado: (a) el primero es intrínsecamente egoísta; (b) el segundo sólo se basa en los intereses de lxs otrxs; y (c) el último, que

sería en el que se alcanza el nivel más elevado de la ética del cuidado, logra un equilibrio entre los intereses de unx mismx y lxs otrxs. Entonces, la experiencia de las propias mujeres entrevistadas en su investigación denota que el aborto envuelve una encrucijada compleja influenciada no sólo por sus derechos individuales (siendo que la interrupción voluntaria del embarazo se encontraba garantizada en Estados Unidos en ese entonces) sino también por sus relaciones y sus experiencias.

3. Función del Derecho

A partir de un cruce de la ética del cuidado con el Derecho, podemos identificar la presencia de una función paradójica (Cárcova, 1988). En palabras de Carlos Cárcova, “[e]l derecho, en lo substancial, aunque un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas y a la vez, un rol en la remoción y transformación de tales relaciones, cumple a la vez, una función conservadora y reformadora” (Cárcova, 1988: 57). En este caso, nos encontramos frente al rol que ha ocupado el Derecho en reproducir las relaciones sociales de género *-v.gr.*, la regulación sobre la capacidad de las mujeres-. El Derecho (y, en particular, el ordenamiento normativo argentino) ha reafirmado la división sexual del trabajo y la invisibilización del cuidado, a partir de la supuesta imposibilidad de intromisión en la vida privada de las personas. Debido a la marginalización del cuidado, éste carece – por lo general – de valor social añadido. Se puede distinguir allí la conexión con el aporte de Gilligan en cuanto expone que la ética del cuidado es igual de relevante que la ética de la justicia y que ambas son complementarias y necesarias para la sociedad. De este modo, a través de cambios legislativos (como los mencionados arriba) que reconocen el valor social que posee el cuidado, se puede llegar a transformaciones sociales que permitan asignarle una jerarquía idéntica a la ética de la justicia.

No obstante, la teoría de Gilligan brinda herramientas para justificar que las mujeres sigan siendo las únicas proveedoras del cuidado. Su encuadre, en efecto, puede dar pie a la toma de medidas de carácter conservador que reafirmen la división sexual del trabajo en al menos uno de sus principios rectores: el de separación (Kergoat, 2002). Debe recordarse que la división sexual del trabajo se rige por dos principios: el de separación y el de jerarquización. El primero, como lo indica su nombre, plantea la segmentación de actividades propias de varones y propias de mujeres; el segundo, en cambio, identifica el valor social agregado que tiene el trabajo productivo en oposición al reproductivo. De este modo, la teoría de Gilligan apuntaría sólo a una erradicación del principio de jerarquización, pero no al de separación.

El hecho de que sólo se busque erradicar la jerarquía tiene consecuencias graves de cara a una igualdad de género. Para abordar esta cuestión resulta relevante la contribución hecha por Nancy Fraser (2015). La filósofa -reconocida principalmente por su contribución en torno al debate sobre redistribución y reconocimiento (Fraser, 2000a; 2000b; 2008)- sostiene que las mujeres son una colectividad bivalente que requieren de ambos tipos de medidas. Propone así la necesidad de un “dualismo perspectivista”, donde la redistribución y el reconocimiento se entienden como aspectos esenciales para lograr una justicia de género. En este esquema teórico, Fraser analiza los distintos modelos de cuidado que podrían, potencialmente, alcanzar una justicia de género: (a) lx proveedorx universal; (b) la paridad de lx cuidadorx; (c) lx cuidadorx universal.

Mientras el modelo de lx proveedorx universal propone impulsar el acceso, permanencia y promoción laborales de las mujeres, el de la paridad de lx cuidadorx pretende igualar la diferencia (o abismo) en términos de reconocimiento económico del trabajo productivo y reproductivo. Como puede observarse, el último modelo está estrechamente asociado con la postura sostenida por Gilligan. Sin embargo, Fraser identifica que la paridad de lx cuidadorx no está orientada hacia una justicia de género, toda vez que no erradica las bases androcéntricas en las que se funda la división sexual del trabajo. Debido a ello, concluye que el único modelo que resulta aplicable para alcanzar una justicia de género en sentido transformador (es decir, que logre reestructurar el sistema patriarcal) es el de lx cuidadorx universal: este no sólo le asigna valor social al trabajo reproductivo, sino que también deconstruye y reconstruye las relaciones sociales de género en torno a su provisión, para que no se sostenga el modelo de mujer cuidadora y varón proveedor.

En suma, la ética del cuidado *gilliganiana* puede dar lugar tanto a un aspecto transformador del Derecho en el sentido de asignarle importancia al cuidado, como también conservador en cuanto puede justificar la adopción de medidas conservadoras que reafirmen el lugar societal de la mujer como cuidadora.

4. Estrategia jurídica

Como explica Alessandra Facchi (2005), el trabajo de Gilligan ha sido influyente en el análisis de teorías jurídicas (con un alcance limitado). Por ejemplo, su concepto de ética del cuidado ha respaldado posturas feministas que abogan por la mediación familiar como un enfoque flexible que considera las circunstancias individuales y valora las estrategias de acción femeninas. No obstante, “en términos generales la ética del cuidado no ha tenido grandes

correspondencias en medidas y reformas jurídicas” (Facchi, 2005: 33). Esto se debe, principalmente, a que el movimiento feminista de la década de 1980, en el que se encuadra Gilligan, “se aleja del derecho y se orienta al propio interior, elaborando un análisis de la identidad femenina, intentando conciliar las diferentes almas del feminismo y emprender la construcción, a través de los estudios de género, de una cultura femenina” (Facchi, 2005: 33).

De este modo, no se presenta en Gilligan una estrategia jurídica para alcanzar la igualdad de género. Por el contrario, desde el feminismo de la diferencia se ha promovido la idea de “la ajenidad del derecho existente al mundo de las mujeres, su inadecuación para acoger las expectativas, sin desilusionarlas de todos modos, y ha justificado una actitud difundida del alejamiento del derecho y de sus modalidades de intervención” (Facchi, 2005: 34). Esta perspectiva ha generado un debate continuo sobre la pertinencia del Derecho, cuestionando su capacidad para abordar las necesidades y expectativas de las mujeres al considerarlo una “técnica ‘sexuada’”, promoviendo la búsqueda de un “derecho femenino” (Facchi, 2005: 35). Como indica Frances Olsen (2009), para esta corriente del feminismo el Derecho es objetivo y racional (características asociadas a los varones), por lo que no controvierte las características del sistema dual (es decir, la división y jerarquización entre lo masculino y lo femenino). De este modo, como el feminismo de la diferencia no contraría que estas características sean masculinas, sino su supremacía sobre las asociadas a las mujeres, el Derecho como tal no sería una respuesta a las necesidades específicas de aquéllas.

II. La perspectiva didáctica

En el aspecto didáctico, el trabajo de Gilligan resulta relevante por dos razones principales. La primera, y tal vez la más evidente, es que su trabajo es de referencia obligada a la hora de hablar del feminismo de la diferencia. Retomando a Olsen (2009), los cruces entre las corrientes del feminismo y el Derecho resultan de importancia para identificar el carácter del mismo y su potencial rol para la liberación de las mujeres. Es por ello que el trabajo de Gilligan puede ser de suma utilidad al reflejar el pensamiento de las feministas que sostienen, como estrategia, la erradicación de la jerarquización en el sistema dual vigente.

La segunda razón se evidencia en tanto Gilligan no sólo introduce la ética del cuidado, sino que también la analiza en comparación con la ética de la justicia. En sus propias palabras:

“La moralidad de los derechos se basa en la igualdad y se centra en la comprensión de la justicia, mientras que la ética de la responsabilidad se basa en el concepto de equidad, el reconocimiento de las diferencias en las necesidades. Si bien la ética de los derechos es una manifestación de respeto igualitario, que equilibra las exigencias de los demás y de uno mismo, la ética de la responsabilidad se basa en una comprensión que da lugar a la compasión y el cuidado. Así, el contrapunto de identidad e intimidad que marca el tiempo entre la niñez y la edad adulta se articula a través de dos moralidades diferentes cuya complementariedad es el descubrimiento de la madurez” (Gilligan, 1982: 164-165)³⁵.

Esta ética de la justicia posee estrecha conexión con el trabajo de pensadores como John Rawls y su teoría de la justicia. De este modo, el estudio de la obra de Gilligan puede dar lugar a un diálogo entre las contribuciones realizadas en torno a la ética del cuidado y a la ética de la justicia, para observar las intersecciones con el ordenamiento jurídico.

III. Conclusiones

La ética del cuidado de Carol Gilligan fue una de las contribuciones más relevantes del feminismo de la diferencia dentro de los movimientos anglosajones. Permitió identificar la ausencia de las mujeres en las investigaciones científicas (no sólo en el ámbito de la psicología) y exhibió cómo las teorías que pretendían ser universales sólo estaban haciendo referencia a un sector de la sociedad. Si bien su postura permite entrever una postura esencialista del género, los aportes (críticos) realizados a partir de su encuadre teórico (por autoras como Joan Tronto) han permitido entender a la ética el cuidado de manera transversal en relación a todas las personas; es decir, una sociedad del cuidado.

En el mundo del Derecho, el cuidado ha sido objeto de marginalización de manera intencional. Lo que queda afuera de la órbita del Derecho, termina

³⁵ Traducción propia. El original en inglés es el siguiente: “The morality of rights is predicated on equality and centered on the understanding of fairness, while the ethic of responsibility relies on the concept of equity, the recognition of differences in need. While the ethic of rights is a manifestation of equal respect, balancing the claims of other and self, the ethic of responsibility rests on an understanding that gives rise to compassion and care. Thus the counterpoint of identity and intimacy that marks the time between childhood and adulthood is articulated through two different moralities whose complementarity is the discovery of maturity” (Gilligan, 1982: 164-165).

por carecer de valor ante los ojos de la sociedad. Ello ha llevado a que las mujeres estemos sobreexplotadas, sin que se reconozca nuestro trabajo (a menos que sea remunerado). La ética del cuidado permite controvertir esta mirada. De ahí su importancia para el análisis del ordenamiento normativo y, también, para redefinir los conceptos de trabajo y de relaciones interpersonales que, hasta el momento, se han regido por un enfoque androcéntrico que oculta perspectivas diferentes. A fin de cuentas, todas las personas necesitamos ser cuidadas para sobrevivir y allí radica su valor: la propia subsistencia del ser humano. Debemos ser, entonces, *todas* las personas las que cuidemos y seamos cuidadas, en aras de garantizar una sociedad igualitaria en términos transformadores.

Referencias bibliográficas

ANSES. (2023). *Informe de Estadísticas de la Seguridad Social. III trimestre 2023*. ANSES. <https://www.anses.gob.ar/>

CÁRCOVA, Carlos (1988). Acerca de las funciones del Derecho, *Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas*, pp. 47-58. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/>. Consultado el 27/5/2024.

ECHLER, Margarit (2009). Cambios familiares: Del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ávila Santamaría, Ramiro, Salgado, Judith y Valladares, Lola (comps.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito, pp. 465-513.

ESQUIVEL, Valeria y PEREYRA, Francisca (2017). Las condiciones laborales de las y los trabajadores del cuidado en Argentina. Reflexiones en base al análisis de tres ocupaciones seleccionadas. *Trabajo y Sociedad*, N° 28, pp. 55–82.

FACCHI, Alessandra (2005). El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Guilligan a Tove Stang Dahl. *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Vol 3, N° 6, pp. 27-47.

FAUR, Eleonor. (2009). Género, masculinidades y políticas de conciliación familia-trabajo, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ávila Santamaría, Ramiro, Salgado, Judith y Valladares, Lola (comps.) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito, pp. 517–538.

FRASER, Nancy (2000a). ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era “postsocialista”. *New Left Review. Edición en español*, (0). Quito: Akal.

FRASER, Nancy (2000b). Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia, en *Informe mundial sobre la cultura, 2000-2001: diversidad cultural, conflicto y pluralismo*. París: UNESCO, pp. 48-57.

FRASER, Nancy (2008). La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. *Revista de Trabajo*. Año 4, N° 6. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

FRASER, Nancy (2015). Tras la desaparición del salario familiar: un experimento mental posindustrial, en *Fortunas del feminismo. Del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal*. Quito: Traficantes de Sueños, pp. 139-166.

GILLIGAN, Carol (1982). *In a different voice*. Cambridge: Harvard University Press.

GILLIGAN, Carol (2013). *La ética del cuidado*. Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas.

KERGOAT, Danielle (2002). De la relación social de sexo al sujeto sexuado. *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 65, N° 4, pp. 841-861.

LÓPEZ, Cecilia (2021). El Código Civil y Comercial y la perspectiva de género aplicada al derecho alimentario de hijos. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, V Número Extraordinario, pp. 207-238.

MAFFÍA, Diana y RIETTI, Sara (2002). Ciencia y política un vínculo necesario. *Revista Perspectivas*, N° 25, pp. 1-24.

MINYERSKY, Nelly (2019). El Código Civil y Comercial de la Nación-Ley N° 26994. Patriarcado, género y derecho, en *Miradas feministas sobre los derechos*, Maffía, Diana, Gómez, Patricia Laura y Aluminé Moreno (comps.). Buenos Aires: JUSBAIRES, pp. 65-92.

OLSEN, Frances (2009). El sexo en el derecho, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ávila Santamaría, Ramiro, Salgado, Judith y Valladares, Lola (comps.) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 137-156.

PAUTASSI, Laura, ARCIDIÁCONO, Pilar y STRASCHNOY, Mora (2014). Condicionando el cuidado. La Asignación Universal por Hijo para la Protección Social en Argentina. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, N° 50, pp. 50-71.

PAUTASSI, Laura y MARCO NAVARRO, Flavia (2020). La compensación del cuidado en los sistemas de pensiones en América Latina. *Revue internationale des études du développement*, Vol. 2, N° 242, pp. 143-165.

PAUTASSI, Laura y ROYO, Laura (2012). *Enfoque de derechos en las políticas de infancia: Indicadores para su medición*. Santiago de Chile: CEPAL.

PIZARRO, Tatiana M. (2022). Invisibles. Observaciones desde el Análisis Crítico del Discurso sobre la presencia -O ausencia- De las amas de casa como trabajadoras en el sistema previsional argentino. *Revista SAAP*, Vol. 16, N° 2, pp. 289-315.

RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina y MARZONETTO, Gabriela (2015). Organización social del cuidado y desigualdad: El déficit de políticas públicas de cuidado en Argentina. *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, Vol. 4, N° 8, pp. 103-134.

SCHIRO, María Victoria (2017). La responsabilidad parental en perspectiva de género. Algunas reflexiones sobre el derecho y el deber de cuidado en el derecho de familia argentino. *Revista Derecho de Familia*, N° 81, pp. 201-212.

TRONTO, Joan (1993). *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*. Nueva York: Routledge.

CAPÍTULO III

EL PODER Y EL DERECHO: LA MIRADA DE MACKINNON AL MUNDO JURÍDICO

Florencia Vazzano³⁶

María Victoria Schiro³⁷

Florencia Bronzovich³⁸

I. La perspectiva teórica

1. Contexto histórico-político en el que se inserta la autora

Catharine MacKinnon nació en 1946 en Minnesota, Estados Unidos. Se doctoró en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale y en Ciencias Políticas en la misma universidad. Fue profesora de Derecho en diferentes universidades tanto de Estados Unidos como de Canadá y Suiza. Pero su trayectoria no se ciñe a lo académico. Es activista, abogada, escritora, y sus proposiciones sobre el Derecho, la igualdad y las mujeres sentaron las bases para una teoría jurídica feminista (Costa, 2016), siendo una de las máximas exponentes del feminismo radical. Es asimismo una prolífica autora. Entre sus obras podemos citar: “Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination” (1979), “Pornography and Civil Rights: A New Day for Women’s Equality” (1988), “Toward a Feminist Theory of the State” (1989), “Only Words” (1993), “Hacia una teoría feminista del Estado” (1995), “Women’s Lives, Men’s Laws” (2005), “Feminismo inmodificado” (2014) (a este último la autora lo califica

³⁶ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, IEJUS, Buenos Aires, Argentina.

³⁷ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, IEJUS, Buenos Aires, Argentina.

³⁸ Estudiante de la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina.

como una “segunda mirada sobre la segunda ola del feminismo en los Estados Unidos, después de quince años de intentar cambiar el estatus de las mujeres mediante el Derecho y por todos los otros medios disponibles” (MacKinnon, 2014: 13). A lo largo de su trabajo, MacKinnon propuso crear una teoría del Derecho donde las mujeres no sólo fuéramos sujetas sino también partícipes de su articulación (Fernández Lozano, 2016).

Como afirma Jara Gómez,

“A pesar de centrar gran parte de su obra en la condición de las mujeres en los Estados Unidos, ha sabido relatar la condición de las mujeres de todo el mundo, hacerse comprensible para todas, tal vez porque ha sabido comprender a todas, y ofrecer una articulación profunda y certera de la desigualdad entre hombres y mujeres en términos sociales, políticos y jurídicos” (Jara Gómez, 2022: 14).

Por ello, analizar el ámbito socio histórico de la autora en estudio resulta un desafío puesto que, así como su pensamiento trascendió fronteras, podemos asumir que el contexto que inspiró su obra y su militancia, no se circunscribe a su país, sino que refleja los cambios globales que la segunda mitad del siglo veinte vio nacer.

Entre mediados de la década de 1960 y principios de 1970, se asiste a profundas transformaciones culturales, ideológicas, sociales, políticas, con la emersión de nuevos actores sociales. Así, tanto EE.UU. como Europa son escenario de nuevos movimientos sociales, como el movimiento estudiantil, la lucha por los derechos civiles de las personas negras, el movimiento Hippie, así como la denominada segunda ola del movimiento feminista (Freytes, 2009). En ese contexto surge el Feminismo Radical, que entendía que la mejora en la “condición de la mujer” implicaba mucho más que la incorporación femenina al espacio público: era además necesario transformar el ámbito privado. Así, bajo el paraguas argumental de la potente frase, “Lo personal es político”, las feministas radicales comienzan a advertir la realidad de las mujeres en términos de opresión (Freytes, 2009), por ello la crítica es bifronte (Costa, 2016): no sólo al feminismo liberal, que analizaba la situación de la mujer en términos de desigualdad, sino también al marxismo, puesto que su opresión no era una más, y no derivaba del capitalismo sino del patriarcado (Freytes, 2009). Y es precisamente la noción de patriarcado la que se erige como esencial para entender al feminismo radical de los ´60. Freytes (2009) cita a Kate Millet, que define al patriarcado como,

“...el sistema de dominación (primario y más importante) basado en la relación entre los sexos (la que a su vez es una relación de poder) mediante el cual se asientan los demás sistemas de dominación...” (...) “dentro de un ‘patriarcado’ el sistema omnipresente de dominio masculino y subyugación femenina, se logra por medio de la socialización, se perpetúa por medios ideológicos y se sostiene por métodos institucionales” (Millet citada por Freytes, 2009: 67).

Acuñar entonces la noción de patriarcado, otorga visibilidad a la opresión de la mujer, difumina los límites entre los universos “público y privado” (Freytes, 2009), y brinda la plataforma de despegue de una elaboración teórica, que ha sido fundamental en la generación de sentido feminista hasta nuestros días.

La relevancia de la obra de MacKinnon para el análisis del Derecho, y su centralidad a la hora de develar las estructuras de opresión imbricadas en su construcción y aplicación, enriquece la perspectiva de estudio de la Teoría general del Derecho en clave feminista.

2. Concepción acerca del Derecho en MacKinnon

Si debemos identificar una concepción del Derecho en la que se alinea el pensamiento de la autora, podemos ubicarla en una perspectiva sociológica. Olsen incorpora como una de las categorías de la crítica feminista al Derecho, a aquella que proviene del feminismo radical, el cual acepta la afirmación descriptiva de que el Derecho es racional, objetivo, abstracto y universal. Pero lo ubica como parte de la estructura de dominación masculina. Por tanto, esta corriente caracteriza lo racional, objetivo, etc., como “patriarcal”, acusando al Derecho de ser, por esto, ideológicamente opresivo hacia las mujeres (Olsen, 2009). En efecto, cuando MacKinnon efectúa la crítica del Derecho en los regímenes liberales, pretende develar, hacer visible precisamente lo que lo constituye: el poder. Pero no cualquier poder, sino el poder masculino.

Quienes detentan el poder en la sociedad civil -no las mujeres- diseñan sus normas e instituciones, que se convierten en el “status quo”. Quienes detentan el poder, y que habitualmente no son las mujeres, escriben las constituciones, que se convierten en los más altos estándares del Derecho. Quienes detentan el poder en sistemas políticos que las mujeres no han diseñado y de los cuales las mujeres han sido excluidas, escriben la legislación que establece los valores reguladores (MacKinnon, 1993).

De hecho, la crítica de MacKinnon (2014) al feminismo jurídico, parte de entender que el mismo no ha aportado una crítica propia sobre el Estado, ni una visión profunda sobre conceptos legales específicos desde la perspectiva de la experiencia de las mujeres como ciudadanas de segunda clase.

La autora explica la función central del Derecho liberal, describiendo el “mecanismo” a través del cual se invisibiliza y legitima la dominación masculina, y por lo tanto se consolida el poder de los varones, y con ello, la subordinación de las mujeres. El punto de vista masculino domina la sociedad civil bajo la forma de un estándar objetivo; ese punto de vista que, por ser dominante en el mundo, no parece funcionar en absoluto como mero punto de vista. Bajo este escudo, el hombre domina a mujeres y niños; tres cuartas partes del mundo. Las reglas de familia y parentesco, y las costumbres sexuales, garantizan la propiedad reproductiva y el control y acceso sexual para los hombres como grupo. Las jerarquías entre los hombres se ordenan sobre la base de la raza y la clase, estratificando también a las mujeres. El estado incorpora estos hechos del poder social, en y como Derecho. Dos cosas ocurren: el Derecho deviene legítimo y la dominación social se hace invisible. (MacKinnon, 1993).

Podemos concluir entonces, siguiendo esta línea, que el Derecho se ha constituido históricamente como un sistema social que ha consolidado el punto de vista masculino. Si bien no es el único sistema normativo que ha contribuido al disciplinamiento del género (el social y el moral han coadyuvado), conforme afirman Facio y Fries,

“...el poder del derecho es más fuerte que el de cualquiera de estos sistemas, en tanto hace recaer sobre sus regulados la amenaza de la fuerza y el temor ante su incumplimiento. Además, este sistema de normas contiene en sí misma sus propias reglas de legitimación, las que consolidan el poder de quienes son, en definitiva, los sujetos creadores del derecho, los hombres” (Facio y Fries, 2005: 291).

En el Derecho clásico, y en particular en el Derecho de familia, podían advertirse una variedad inusitada de reglas de legitimación, que contribuyeron a la profundización de un pensamiento dicotómico, jerarquizado y sexualizado, en términos de Olsen (2009). A título de ejemplo, el diseño de un sistema filiatorio cuyo objetivo era cautelar el honor del marido y asegurar la legitimidad de los hijos (en el sistema civil, pero también valiéndose del sistema penal), la preferencia otorgada *a priori* a la madre para el cuidado de los hijos luego de la separación, entre otras pautas, plasmaron en la norma y trascendieron, legitimadas, a la conciencia social. Así, a través del pensamiento legal, “...la

dominación masculina está hecha para parecer un rasgo de la vida y no una construcción impuesta unilateralmente” (MacKinnon, 1993: 156).

Virar al Derecho como instrumento al servicio de los grupos históricamente destituidos de las condiciones de ciudadanía, y “aliarlo” en su protección, es un largo y sinuoso camino, que entendemos el feminismo radical contribuyó a abrir. Si bien Olsen identifica a esta concepción del Derecho como “menos optimista” respecto de la reforma legal, y cita a Polan cuando afirma que el litigio judicial y las propuestas legislativas sólo pueden ser efectivos, “cuando son emprendidos en un contexto de cambios económicos, sociales y culturales más amplios” (Olsen, 2009: 13), lo cierto es que el feminismo radical contribuyó sustancialmente a este proceso a través de la revelación de las estructuras de opresión, y el desmantelamiento de un sentido común social que las normas y su funcionamiento se ocupaban de legitimar.

3. Problemas centrales y transversales. Trascendiendo las ramas...

Conforme explica Ciuro Caldani (1999), en cada caso media el despliegue de una pluralidad de ramas jurídicas, que se desarrollan a través de la Teoría general del Derecho. Podemos afirmar que el trabajo y la obra de MacKinnon no están necesariamente anclados en alguna de las ramas “clásicas” del mundo jurídico. En tal sentido, la perspectiva de abordaje resulta transversal, y se erige en una propuesta metodológica y programática que, a diferencia de los temas clásicos del activismo feminista, hace foco en la sexualidad y en la violencia contra las mujeres como problemas centrales (Costa, 2016). Frente a la “crisis” de los criterios orientadores de las ramas del mundo jurídico, la perspectiva radical ofrece una crítica y, entendemos, una posibilidad de revisión desde la óptica de los problemas en los que centra su análisis.

Vemos que, en la base del abordaje de estos temas, se encuentra la crítica al Derecho, coherente con su cosmovisión acerca de la función que cumple en tanto consolidación del poder masculino.

“Mientras el poder reforzado por el derecho refleje y corresponda -en forma y sustancia- al poder reforzado por los hombres sobre las mujeres en la sociedad, el derecho será objetivo, aparecerá fundamentado; se convertirá, ni más ni menos, que en “lo que las cosas son” (MacKinnon, 1993: 157).

Así, la autora afirma que violación, maltratos, acoso sexual, abuso sexual infantil, prostitución y pornografía conforman un patrón distintivo: el poder de los hombres sobre las mujeres en la sociedad. Estos abusos son permitidos de facto y prohibidos de iure (MacKinnon, 2014). Así, MacKinnon entiende a la

violación como la prueba y práctica de la baja categoría de la mujer en comparación con el hombre. Si bien el Estado tiene leyes contra el ataque sexual, no las aplica; lo que determina que la violación esté socialmente permitida, aunque sea formalmente ilegal (MacKinnon, 1995). De modo que la desigualdad sistémica se da no sólo en la práctica de la violencia sexual, sino también en la intervención del Estado, que de iure hace ilegal la violencia sexual, pero de facto permite a los hombres practicarla a gran escala (MacKinnon, 1995). La prohibición formal ha hecho poco para alterar su frecuencia; ha contribuido a que sea difícil creer que son tan comunes (MacKinnon, 2014). En relación a la pornografía, Costa (2016) cita la posición de la autora, así como la intervención social que la propia MacKinnon y Andrea Dworkin tuvieron en pos de su prohibición. Así, además de entender que la pornografía debe estar vedada, en tanto comporta una manifestación tecnológica de la violencia masculina y una forma de discriminación contra las mujeres (Costa, 2016: 180), se trae a colación una campaña que ambas lideraron impulsando una ordenanza antipornografía en Minnesota, Indianápolis, Cambridge y otras ciudades; la misma propiciaba la denuncia de la producción, distribución o venta de material pornográfico. En 1985 la Corte Suprema en su séptimo circuito de apelaciones declara inconstitucional dicha ordenanza (Costa, 2016). Se cita asimismo el caso de Linda Marchiano que MacKinnon relata (2014), como paradigmático de la postura de la autora en torno al tema. La revisión de los criterios tradicionales de las ramas, como el caso de los Derechos Humanos, puede verse en la labor que MacKinnon emprendió como patrocinante de mujeres bosnias y croatas contra los crímenes, calificados como genocidio, cometidos por los serbios. Allí la autora contribuyó a una transformación de los enfoques de Derechos Humanos al momento de calificar ciertos abusos, como la violencia sexual, cometidos contra las mujeres en tiempos de guerra (Costa, 2016).

Otro de los temas que aborda central y transversalmente es el control reproductivo, y en particular el aborto. En primer lugar, entiende que las mujeres

“No hemos podido arriesgarnos a pensar estos temas en nuestros propios términos porque los términos nunca fueron nuestros (...) Si hacer eso es riesgoso, nuestra situación hace que no hacerlo también sea riesgoso. Entonces: primero el feminismo y después la ley” (MacKinnon, 2014: 138).

Entiende que el marco para analizar las cuestiones de reproducción, pasaría de centrarse en la persona al momento de tomar una decisión vinculada al aborto, a las mujeres como grupo en todos los momentos relacionados con la reproducción. En este sentido, es que critica la doctrina de *Roe vs. Wade*, que reivindicara el derecho al aborto bajo el derecho a la privacidad, puesto que este

argumento reafirma y refuerza aquello que la crítica feminista de la sexualidad critica: la división entre lo público y lo privado (MacKinnon, 2014). Por un lado (y en una extrema síntesis y simplificación de sus argumentos, a los que remitimos) si se enmarca en la privacidad "...la decisión de abortar de cualquier mujer no pueda reclamar el apoyo económico público y que genuinamente no se considere esa privación como una carga" (MacKinnon, 2014: 147). Y, más profundamente, refuta el argumento de la privacidad porque para las mujeres la medida de la intimidad ha sido la medida de la opresión.

Por esto es que el feminismo ha tenido que refutar lo privado. Por esto es que el feminismo ha considerado que lo personal es político. Lo privado es lo público para quienes creemos que lo personal es lo político. En este sentido, lo privado no existe, ni normativa ni empíricamente. El feminismo confronta el hecho de que las mujeres no tenemos ninguna privacidad que perder o que garantizar. No somos inviolables. Nuestra sexualidad no sólo es violable; esta es vista -y por lo tanto, nosotras somos vistas- en y como nuestra violación. Confrontar el hecho de que nosotras no tenemos privacidad es confrontar la degradación íntima de las mujeres como orden público. A la luz de todo lo expuesto, el derecho a la privacidad parece una ofensa disfrazada de don (MacKinnon, 2014).

En suma, los temas abordados por la autora develan en su complejidad, la necesidad de una visión integrada de los mismos. Tal vez ese pueda ser un aporte del feminismo jurídico y una conclusión a que pueda arribarse en términos de Teoría General del Derecho. Una perspectiva integradora y compleja advierte que una respuesta en términos de igualdad, y en aras de acabar con la opresión, requiere se rebasen en su análisis los límites impuestos por las ramas del mundo jurídico. Como afirma MacKinnon,

"A menudo se piensa que el feminismo involucra un conjunto de problemas, interrogantes y personas, estrecho, unidimensional, monocorde, geográficamente limitado, y pequeño. En cambio, no se piensa que los temas tradicionales sean limitados o estrechos cuando no consideran en sus ámbitos a mujeres o varones como tales, o el estatus relativo a sus sexos. Al observarse y reconfigurar amplios espectros de la realidad a través de la lente del género, pareciera que sólo se ve la lente (...) Concentrarse en las mujeres y el género es visto como reducido. Excluir a las mujeres y al género, no" (MacKinnon, 2005: 158).

4. Repensando los fundamentos y las funciones del Derecho desde la teoría de MacKinnon

La Teoría General del Derecho constituye el espacio propicio para interrogarnos sobre el *fundamento del Derecho*, es decir, su justificación dentro del meta-sistema del que forma parte³⁹. Una de las razones construidas para justificar su existencia reposa en la necesidad de reconocer la *unicidad*, considerando que cada persona es única y diversa y exige que el mundo del Derecho le asegure una esfera de libertad para poder planificar su plan de vida sin interferencias no justificadas⁴⁰. El fundamento de la unicidad encuentra sus raíces en la teoría de Kant (1990) según la cual el Derecho existe porque es necesario que genere las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno pueda armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad. Así, el mundo jurídico realiza una tarea de coordinación de las libertades humanas de manera que a la vez que las garantiza les impone límites y emplea coacción para poder garantizar que el arbitrio de uno no entre en conflicto con el de otro. Otra de las razones que se han pensado para justificar la organización jurídica radica en la exigencia de *igualdad*, es decir partiendo de la premisa de que todos los sujetos son iguales exigen que el Derecho garantice el mismo trato e igual derecho a la personalización a todos quienes se encuentren en la misma situación (Goldschmidt, 1995; Ciuro Caldani, 2020). Ello encuentra su antecedente más remoto en la noción aristotélica de justicia distributiva, en virtud de la cual un tercero -el Estado y el Derecho- asume la tarea de distribuir bienes y cargas -que bien pueden traducirse en derechos y deberes- de manera que proporciona una igual medida a quienes se encuentran en iguales condiciones, y desigual ante diversa situación (Aristóteles, 1996).

³⁹ Tomando como marco teórico a la Teoría General de Sistemas, es posible concebir al Derecho como un sistema abierto que mantiene vinculaciones de entrada (in-put) y salida (out-put) con otros sistemas de su entorno (económico, político, religioso, científico, moral, cultural, entre otros) (Grün, 2004).

⁴⁰ En la Teoría Trialista del mundo jurídico, la unicidad es uno de los elementos del régimen de justicia humanista junto con la igualdad, la tolerancia y la comunidad. El régimen de justicia humanista es aquel en el que las personas son tratadas como fines en sí mismas y no como meros medios. La *unicidad* exige una organización jurídica que brinde protección a las personas frente a intromisiones injustificadas de terceros; la *igualdad* reclama un trato igualitario entre los iguales y las mismas oportunidades para la personalización; la *tolerancia* reclama respeto por el ideal de verdad de otras personas o grupos, debiéndose admitir sus diferencias y vicisitudes; y la *comunidad* que los individuos deben ser respetados como integrantes de la familia humana, entendida ésta como aquella que se conforma con sujetos que son iguales entre sí, pero que, a la vez, son únicos e irrepetibles, debido a su unicidad. Véase Goldschmidt (1995) y Ciuro Caldani (2020).

Desde esta óptica, la teoría de MacKinnon aporta una crítica hacia los fundamentos del Derecho, la autora señala que en base al mandato jurídico que ordena tratar igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales, se han adoptado jurídicamente dos caminos alternativos en aras de conceder igualdad a las mujeres: el de la *igualdad formal*, en virtud del cual se parte de la premisa de que la mujer es igual al hombre y por ende, ha de tener derecho de acceder “a lo mismo”; y el de la *diferencia*, que reclama el reconocimiento de las diferencias entre los sexos, promoviendo una regla de protección o beneficio especial a favor de las mujeres. La autora advierte que se trata de dos enfoques particulares, propuestos por el feminismo liberal y el feminismo cultural respectivamente, que se sustentan en una “teoría de la diferencia sexual”. Sobre la base de la desigualdad, el primero ha reclamado la equiparación de los sexos en base a la idea de la mismidad; el segundo, la necesidad de proporcionar protecciones especiales a favor de la mujer por su disparidad con el hombre. Ahora bien, en la visión de la autora, esas justificaciones llevan al diseño de dos posibles estrategias jurídicas que no hacen más que someter a las mujeres al estándar masculino: en el enfoque de la igualdad formal, la estrategia consiste en que las mujeres puedan alcanzar correspondencia con el status de los hombres; en el de la tutela especial, ser protegidas por su no correspondencia con el estándar masculino (MacKinnon, 2014).

El problema está en que, como nos advierte la autora, el Derecho siempre ha tomado el punto de vista masculino, aquel que se presenta como un estándar objetivo y que ha sido construido socialmente antes que en el mundo jurídico. El Derecho lo que hace es recoger ese criterio masculino, haciendo que la dominación hacia las mujeres y niños devenga en legítima e invisible, creando la apariencia de que se trata de un rasgo de la vida y no una construcción impuesta en beneficio del grupo dominante. Cuando el hombre pierde poder siente que pierde derechos y no se equivoca porque las formas de poder masculino que se desenvuelven en el plano social están materializadas en el orden normativo como derechos individuales de su titularidad. Para dar cuenta de ello, MacKinnon señala dentro de los ejemplos el delito de violación, el cual está previsto desde la perspectiva del violador, pues aquello que determina legalmente si hubo o no violación es si obtuvo o no el consentimiento de la mujer; la pornografía es otro ejemplo, en cuanto es vista como libertad de expresión que da derecho a los hombres de torturar, explotar, usar y vender mujeres a los hombres a través de imágenes y palabras y otorga a los consumidores el derecho a comprarlas (MacKinnon, 1995).

Por tanto, tomando las ideas de la autora cualquiera de las razones que adoptemos para justificar el Derecho no harán más que reflejar la perspectiva del hombre desde la cual se ha pensado tradicionalmente el mundo jurídico. El

modelo kantiano de autonomía y la dimensión de la igualdad formal han sido conceptos fundantes de un Derecho masculino, que como tal está al servicio de la satisfacción de los deseos e intereses de los hombres. Entonces, indica MacKinnon (2014), no se trata de preguntarnos por la igualdad o la diferencia sino por la *distribución de poder* que existe en el plano social. El feminismo se debe centrar en la perspectiva de la subordinación femenina. Una teoría se hace metodológicamente feminista cuando interpreta que la sexualidad es una cuestión de supremacía masculina, que aquella ha sido definida por los hombres, que implica ejercicio de poder sobre las mujeres y que resulta constituyente del significado del género.

El pensamiento de MacKinnon (1995) pone de resalto que la dominación masculina se convierte en modelo jurídico. El Derecho toma “lo que las cosas son”, funciona como un espejo que muestra una imagen construida socialmente, aquella en la cual las mujeres están subordinadas a los hombres. Desde la perspectiva de la autora, el Derecho reproduce el status quo que el hombre ya ha obtenido en la dimensión social.

Estas ideas nos ubican ante la pregunta sobre las *funciones del Derecho*, que es otro de los temas que abordamos en la Teoría General del Derecho. Uno de los aportes que resulta interesante para analizar la temática es la clasificación propuesta por Raz (1985) en *funciones directas e indirectas*. Las primeras son las que están destinadas a obtener la obediencia y aplicación del Derecho y se dividen a su vez en *primarias* y *secundarias*. Las funciones *directas primarias* buscan alentar conductas deseables o desalentar conductas indeseables, facilitar acuerdos entre los particulares, proveer servicios y redistribuir bienes, entre otras; las *directas secundarias* se relacionan con la creación, aplicación y modificación del Derecho a partir de la regulación de procedimientos, instituciones, organismos y autoridades con sus respectivas competencias y funcionamientos. Las *funciones indirectas*, van más allá de la obediencia y aplicación y se dirigen a generar sentimientos, opiniones, comportamientos que se esperan a partir del conocimiento de las normas o de la sumisión a las mismas y su aplicación⁴¹.

En diálogo con la teoría de MacKinnon, las funciones jurídicas se piensan y realizan desde el punto de vista masculino. Cuando se persigue la obediencia y aplicación del Derecho se busca en definitiva la subordinación a los “intereses” masculinos; las conductas que se quieren alentar o desalentar son aquellas que “desean” o “no desean” los hombres; los acuerdos entre particulares son las negociaciones que se realizan entre sujetos autónomos en los términos kantianos; la distribución de bienes se realiza desde una dimensión de igualdad formal que asegura la correspondencia femenina con el estándar

⁴¹ Tomamos la clasificación de Raz desde el trabajo de Cárcova (1988).

masculino o un tratamiento diferenciado por su no correspondencia. Cuando se realizan las funciones directas secundarias en definitiva se trata de actos de creación, mantenimiento y aplicación del Derecho realizados por hombres. La autora advierte que quienes detentan el poder en la sociedad civil -que no son las mujeres- diseñan sus normas e instituciones que se convierten en el status quo, escriben las constituciones que se constituyen en los más altos estándares jurídicos, establecen las líneas de precedentes judiciales, etc. (MacKinnon 1993). Cuando se realizan las funciones indirectas, los sentimientos, opiniones, modos de comportamientos que se quieren generar son aquellos que benefician al grupo dominante, encarnando jerarquías entre los hombres ordenadas sobre la base de la raza y la clase y estratificando también a las mujeres (MacKinnon, 1993).

En suma, desde la teoría de nuestra autora la pregunta no es tanto qué funciones cumple o debería desarrollar el Derecho sino *quiénes* diseñan las funciones, en base a qué criterios o valores o qué intereses son los que se desean resguardar.

5. La estrategia feminista en la propuesta de MacKinnon

Advirtiendo que el Derecho no hace más que reproducir la histórica dominación del hombre, y que desconoce todo punto de vista femenino, MacKinnon propone diseñar una *estrategia feminista* que pueda hacer frente a aquella construcción social. En Teoría General del Derecho abordamos la noción de *estrategia y táctica jurídica*, la primera entendida como la organización de los medios para lograr un objetivo general del Derecho, la segunda como la puesta en marcha de los medios específicos para el cumplimiento de esa estrategia⁴². Los objetivos generales se relacionan con las funciones del Derecho (alentar o desalentar conductas; distribuir derechos, deberes, responsabilidades; promover derechos; lograr acuerdos entre las personas; reforzar valores jurídicos, entre otros); las tácticas jurídicas pueden consistir en la producción y/o reforma de normatividades, cambios de criterios jurisprudenciales, el diseño de políticas públicas, la creación de nuevas conceptualizaciones desde la ciencia jurídica, entre otras.

⁴² La expresión estrategia y táctica deviene del ámbito militar, tomamos la definición de Karl von Clausewitz, militar prusiano que consideró a la estrategia como la combinación de los encuentros para lograr el objetivo de la guerra y a la táctica como la preparación y conducción de los encuentros entre las fuerzas armadas. Sostenemos desde la Teoría General del Derecho que tales nociones pueden ser proyectadas al campo jurídico (Ciuro Caldani, 2013).

En la propuesta de MacKinnon (2014), el punto de partida de la estrategia feminista es producir transformaciones en la dimensión social; no se trata de crear categorías jurídicas para rastrear y captar cómo las cosas son, tampoco crear reglas que se adecuen a la realidad, sino de criticar y cambiar la realidad. No se trata de buscar la igualdad con los hombres, tampoco dominarlos porque la idea de que alguien debe dominar a otros es una idea masculina, sino de luchar por el fin de la subordinación forzada, de las opciones limitadas y de la falta de poder social. La ley por sí sola no puede cambiar la condición de las mujeres, la ley ha sido siempre una esfera masculina, como la caza, la guerra y la religión. Se necesita saber cómo es vivida la desigualdad sexual.

El primer paso, indica la autora, es denunciar la realidad concreta de la mujer: la discriminación en el contexto de salarios desiguales y su ubicación en trabajos poco valorados, las características físicas menospreciadas, el ser el blanco de violaciones, maltrato doméstico, abuso sexual en la infancia y acoso sexual sistemático; denunciar que la mujer es diariamente deshumanizada, usada en entretenimientos denigrantes, privada del control reproductivo, y forzada por las condiciones de su vida hasta la prostitución. Observar estos problemas desde el punto de vista femenino, mirar al mundo y al Derecho desde esos lentes (MacKinnon, 1993). El método feminista consiste así en la reconstitución crítica y colectiva del significado de la experiencia social de la mujer, tal y como la viven las mujeres. Entiende al feminismo como un movimiento para el cambio social que se debe enfrentar a la propia situación de las mujeres y darle un nombre. Y afirma que el feminismo en sus formas liberales mostró su incapacidad para hacer frente y criticar la condición de la mujer (MacKinnon, 1995).

Entendiendo al Derecho como un sistema abierto que interactúa con su entorno, es necesario generar caos y ruido social, provocar en el sistema social lo que Prigogine (citado por Grün, 2004) denominó “estado lejos del equilibrio”, lo que sucede cuando el sistema recibe grandes perturbaciones que lo obligan a cambiar sus características internas⁴³. Cuando eso pasa, lo que había allí antes, y que hasta ese momento había funcionado, ya no puede seguir del mismo modo. El sistema social no puede sobrevivir en su antiguo formato, debe reorganizarse frente al caos. Luego, si el Derecho es un reproductor de lo que ocurre en el sistema social se espera que asimile los cambios y cambie su estructura. En los procesos de transformaciones recobra un papel decisivo la tensión y la crisis. A la vez, lo que ocurra en el mundo jurídico tendrá su impacto en el sistema social (Grün, 2004).

⁴³ Prigogine (1917-2003) fue un físico, químico, profesor universitario, nacido en Rusia, que siguió el enfoque sistémico. En 1977 recibió el Premio Nobel de Química por sus aportes científicos relacionados con la creación de la noción de estructuras disipativas.

El segundo paso es al interior del Derecho y consiste en *reconocer* que las formas masculinas de poder están materializadas en el orden normativo como derechos individuales exclusivamente de los hombres (MacKinnon, 1993). Por ello, en línea con la visión de la Teoría General del Derecho, es sumamente relevante incluir una dimensión social del mundo jurídico, porque es aquella que permite desenmascarar lo que las normas jurídicas dicen, poder identificar cuáles son las fuerzas e intereses que protegen, a quiénes benefician y a quiénes perjudican (Ciuro Caldani, 2020).

Para desenmascarar estas fuerzas e intereses que esconden las normas, hemos mencionado que la autora parte de una crítica al Derecho y al funcionamiento jurídico en general, sosteniendo que cuanto más neutro sea el Derecho, más masculino será, y que el Estado ha fracasado históricamente por excluir a la mujer del acceso igualitario a la justicia, privándolas de igual protección e igual beneficio de las leyes (MacKinnon, 1995).

Dado el recorrido académico y profesional de la autora, centra sus esfuerzos en cuestionar figuras tales como el aborto, el acoso sexual, la pornografía, la maternidad subrogada, la prostitución y los derechos reproductivos. Explica que, si estos institutos jurídicos fueran analizados a la luz de la desigualdad sexual, se tendría otra perspectiva de ellos, como, por ejemplo, advertir que el acceso al aborto es necesario para la sobrevivencia de la mujer en condiciones de desigualdad social. Para llegar a esa conclusión, considera que existen múltiples factores, tales como el acceso a la información, la presión social, las costumbres, la pobreza, la dependencia económica, y la poca efectividad de las leyes contra el acoso sexual, que condicionan el contexto en el que una mujer puede quedar embarazada (MacKinnon, 1995). Sin embargo, cambiar el foco desde el cual analizar diversos conceptos o figuras jurídicas, -es decir verlos bajo la óptica de la desigualdad sexual-, no es suficiente, ya que también se torna fundamental repensar la validez de los antecedentes judiciales. Para ello, partimos de la base de que el sistema jurídico en el que está inmersa la autora es el Common Law, el cual se construye a partir de precedentes jurisprudenciales. Explica Cueto Rúa, citando a Kelsen y a Cossio, que todo acto de aplicación del Derecho, ya sea una ley o incluso una sentencia, implica necesariamente la creación de Derecho. Es decir,

“una sentencia judicial en el Common Law (...), constituye la aplicación de una norma general preexistente pero, al mismo tiempo, adquiere el valor de fuente normativa de la que se puede extraer una nueva norma general, con validez normativa para los jueces de la misma jurisdicción estadual, de jerarquía similar o inferior, respecto de casos futuros similares. En

consecuencia, podría aventurarse el juicio de que el Common Law está constituido por el conjunto sistemático de las normas jurídicas generales que pueden explicitarse y formularse a partir de las sentencias judiciales dictadas en una jurisdicción determinada y que han adquirido el valor de *res judicata*” (Cueto Rúa, 1957: 49).

En este contexto, MacKinnon sostiene que las bases del Derecho de daños, el Derecho contractual, el Derecho penal y el Derecho procesal, entre otros, fueron establecidas cuando las mujeres ni siquiera podían votar, tampoco se les permitía aprender a leer y escribir y reinaba un escenario de terror sexual, humillación y silencio. En estas condiciones, hay poca neutralidad de género en la fidelidad al precedente (MacKinnon 1993). Traspolando este análisis a la Teoría General del Derecho, podría decirse -en términos de Ciuro Caldani (2020)- que el Common Law está compuesto por un conjunto de *repartos autoritarios*. Para explicar esto, Ciuro Caldani analiza la relación existente entre repartidor y beneficiario, diferenciando entre repartos autónomos y autoritarios. Estos últimos son los que se desenvuelven por imposición y realizan el valor *poder*⁴⁴. En este caso, los operadores jurídicos serían los repartidores y las mujeres las beneficiarias, cuya relación está caracterizada por el poder y la subordinación, donde unos pueden imponer sus ideas, sus verdades, sin siquiera tener en cuenta el punto de vista de las beneficiarias, a quienes incluso le han negado la educación. Aquí también encontramos una relación con lo antes mencionado respecto al citado “estado lejos del equilibrio” (Prigogine, citado por Grün, 2004), considerando que, si bien el Common Law ha funcionado hasta el momento, puede recibir tantas perturbaciones que lo obligarían a cambiar sus características propias para adecuarse al contexto actual.

Más allá del cuestionamiento a figuras legales o al sistema jurídico, MacKinnon sostiene que la mera crítica no es suficiente para lograr un cambio real. Como hemos mencionado, denunciar la realidad en la que vive la mujer es necesaria desde el punto de vista del método que la autora desarrolla. Ya que la toma de conciencia no se logrará si primero no se conoce cuál es el contexto que atraviesan las mujeres, la situación de desigualdad, de abuso, de discriminación. No obstante, en términos suyos, la *igualdad requiere cambio, no reflexión*, una nueva teoría del Derecho, una nueva relación entre la vida y las leyes.

⁴⁴ En la teoría trialista, los repartos autónomos son los que se realizan por acuerdos o conductas coincidentes de los interesados (la forma es la negociación o la simple adhesión) y los repartos autoritarios aquellos que no consideran la voluntad del destinatario (la forma es la mera imposición o la obediencia). Ver Ciuro Caldani (2020).

Para impulsar estos cambios, MacKinnon fue capaz de llevar a la práctica los postulados que desarrolla a lo largo de su obra, por lo que no se limitaron a meras teorías doctrinarias. Como mencionamos en líneas previas, en el año 1984, fue propulsora de una ordenanza en Indianápolis (Estado de Indiana), que prohibía la producción, venta, exhibición o distribución de material pornográfico⁴⁵, un tema muy controvertido al que la autora le ha dedicado un gran espacio en sus obras y sobre el cual tiene una postura muy clara. Al respecto, considera que la pornografía implica explotación, uso y abuso de la mujer, reduciéndolas a consumo masculino, así como también acentúa la posición del hombre dominante y la mujer subordinada (MacKinnon, 1993). En esta misma línea, sus ideas han servido de influencia en Canadá, cuya Carta Fundamental de 1982 reconoce la igualdad como derecho fundamental, asignando al Derecho un rol fundamental para su promoción, y se han logrado sucesivos pronunciamientos judiciales donde se reconoce que la explotación y violencia sexual así como otras manifestaciones de injuria racial afectan a las mujeres y minorías y de manera extensiva a la sociedad en su conjunto, mostrándose de este modo un criterio jurisprudencial que intenta poner límites a la libertad de expresión en favor de la igualdad y la protección de los grupos oprimidos (Facchi, 2005).

En suma, la teoría feminista de MacKinnon revela una estrategia jurídica que proviene de la realidad social y regresa a ella, “su proyecto se adapta a su base: exponer el estatus social desigual basado en el sexo, para cambiarlo” (MacKinnon, 2005: 160). Su pensamiento nos invita a alejar nuestra mirada del interior del mundo jurídico (de sus fuentes de producción y su funcionamiento) para posicionarnos desde su exterior, desde la base social, porque es allí donde se encuentra el punto de partida. En la Teoría General del Derecho abordamos la perspectiva externa del mundo jurídico, que es aquella que nos permite abrir el espacio de la pregunta y la reflexión enfocando la mirada más allá de las respuestas de las ramas jurídicas, entrelazando al Derecho con sus horizontes: la política, la religión, la moral, la economía, la sociología, la cultura toda (Ciuro Caldani, 2020). En vínculo con ello, la teoría de MacKinnon nos permite poner de resalto que “la vida del Derecho, su dinámica, son así en gran parte la consecuencia de sus comunicaciones con el medio societal” (Grün, 2000: 70).

⁴⁵ Conforme mencionamos más arriba, a pesar de los esfuerzos de Catharine MacKinnon, Andrea Dworkin y todo el equipo de trabajo que participó en la redacción de la ordenanza, un año siguiente a su sanción, la Corte de Apelaciones declaró la inconstitucionalidad, utilizando como principal argumento la protección de la libertad de expresión. Ver Facchi (2005).

II. La perspectiva didáctica

MacKinnon sostiene que el feminismo es fundamental para el desarrollo y crecimiento de la sociedad, ya que permite una mirada multifacética de ella y del Derecho como un todo, que a través de sus categorías de análisis tanto prácticas como teóricas ofrece nuevas formas, panoramas y perspectivas novedosas del mundo (MacKinnon, 2005). En cuanto a su enseñanza particular dentro de la educación jurídica, la autora plantea la siguiente pregunta “¿qué puede hacer la enseñanza del Derecho para formar abogados que intervengan en esta situación -la desigualdad de las mujeres respecto de los varones- y así transformarla?” (MacKinnon, 2005: 161).

En este sentido, los talleres o materias cuya curricula está enfocada en conocer el estatus de las mujeres, considerando temas como la igualdad sexual, la violencia contra las mujeres, la historia jurídica de las mujeres, los derechos humanos y la sexualidad, implican la creación de estructuras más profundas que atraviesan las unidades temáticas tradicionales. Permite alterar no sólo lo que las personas piensan, sino también cómo piensan, logrando cambios más amplios y profundos (MacKinnon, 2005). La autora alude así a la importancia de los cursos específicos dirigidos a difundir las experiencias de las mujeres, y las relecturas de las áreas y temáticas clásicas.

Pero además de la especificidad de cursos y talleres, nuestra autora destaca que la enseñanza del Derecho enfrenta un desafío en otro nivel: integrar el género en la totalidad del programa académico, de allí lo relevante del aporte de nuestra autora que permite desde la Teoría General del Derecho abrir caminos conceptuales para hacer ingresar al género como elemento abarcativo de todas las ramas jurídicas. En ese marco, MacKinnon propone reconsiderar la división que existe, tanto en la academia como en la mayoría de los sistemas jurídicos, entre el Derecho Público y el Privado a la luz del desigual estatus de las mujeres, considerando que ese estatus es una realidad pública que en buena medida construye el ámbito de lo privado, y es a la vez, una realidad privada que da forma al orden público (MacKinnon, 2005). Desde la óptica de la Teoría General del Derecho, cuando el género ingresa al mundo jurídico como concepto compartido por todas las ramas ya no es posible mantener la diferenciación entre lo público y lo privado.

La autora se enfoca en algunas de las relecturas jurídicas que entiende que son necesarias para alcanzar una enseñanza jurídica que tenga en cuenta la subordinación femenina y que revelan la necesidad de reconsiderar esa distinción entre lo público y lo privado. Así, indica que por ejemplo en la enseñanza del Derecho de Daños no ha sido central preguntarse si los accidentes están

en realidad sustituyendo a lesiones basadas en la desigualdad, y que una cosa es ver los daños sufridos por las mujeres como un área específica del Derecho de Daños y otra es analizar el Derecho de Daños con perspectiva de género.

Una cuestión similar puede decirse respecto del Derecho contractual. Esta rama jurídica tiene un principio básico conocido como “buena fe entre iguales”. Sin embargo, lo que MacKinnon plantea es, ¿pueden dos individuos socialmente desiguales -desigualdad basada en el sexo- ser considerados iguales a la hora de contratar? Esto, es algo que no ha sido examinado en los cursos de Contratos.

Otro de los ámbitos que requiere una relectura es el Derecho Penal, preguntarse, por ejemplo, si muchos delitos tradicionales no son en realidad delitos basados en la desigualdad sexual, que han sido equivocadamente concebidos porque se han ignorado sus raíces en el sexo y el género. En ese marco, poder plantear interrogantes tales como ¿es la violación un acto de discriminación sexual?, ¿es la prostitución una violación en serie?, ¿es el maltrato doméstico un crimen contra la humanidad basado en el sexo y una forma de terrorismo “uno a uno”? ¿el abuso sexual en la infancia subyace a todos ellos, como apuntalamiento de la feminidad?. Dichas preguntas permiten repensar las fronteras entre el Derecho Penal y el Civil, entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional, con incidencia tanto en los programas de estudio como en la práctica (MacKinnon, 2005).

Afirma también que la cuestión del estatus de los géneros ha sido más sistemáticamente tratada en el Derecho Constitucional e incluida en el programa académico, pero aun así se podría avanzar más y cuestionarse si el supuesto que surge de la mayoría de las constituciones - en virtud del cual la sociedad es libre e igualitaria-, puede atender adecuadamente las desigualdades sociales. Un análisis profundo lleva a criticar los principios neutrales del Derecho Constitucional.

Entonces, la teoría de MacKinnon, resulta relevante a la hora de emprender la enseñanza jurídica, abre camino para reformular el cómo se enseña y qué se enseña, asimismo para identificar quiénes enseñan y quiénes no -considerando que las mujeres han sido excluidas de la enseñanza del Derecho, así como del ejercicio de la Abogacía en general (MacKinnon, 2005). Resulta importante para posicionar al género como categoría transversal, abarcativa del Derecho en su conjunto, más allá del dictado de cursos o materias específicas sobre género, así como un requisito en todos los otros campos de conocimiento.

III. Conclusiones

La obra de Catharine MacKinnon aporta una valiosa crítica al Derecho mediante la cual es posible dejar al descubierto aquello que lo constituye como tal: *el poder*. Pero no cualquier poder, sino el poder masculino. La autora aborda temas como la violación, los maltratos, el acoso sexual, el abuso sexual infantil, la prostitución, la pornografía, y el control reproductivo, en particular el aborto, todos los cuales reflejan un rasgo distintivo: el poder de los hombres sobre las mujeres en la sociedad. En la base del abordaje de estos temas, se encuentra la crítica al Derecho, coherente con su cosmovisión acerca de la función que cumple en tanto consolidación del poder masculino. Por eso, a los ojos de la autora, no se trata de preguntarnos por la igualdad o la diferencia entre hombres y mujeres, sino por la *distribución de poder* que existe en el plano social.

Considerando que el mundo jurídico no ha hecho más que reproducir la supremacía de los hombres respecto de las mujeres, cualquiera de las razones que adoptemos para justificarlo reflejarán el punto de vista masculino desde el cual se ha construido tradicionalmente la totalidad del Derecho. Así como también cuando pensamos en sus funciones nos encontramos que el mismo se ha ocupado de satisfacer los deseos e intereses masculinos. Conscientes de estas circunstancias, la estrategia feminista de MacKinnon, convoca a denunciar la realidad concreta de las mujeres, y a reconocer que las formas masculinas de poder están materializadas en el orden normativo como derechos individuales exclusivamente de los hombres (MacKinnon, 1993). El punto central radica entonces en la necesidad de observar al mundo y al Derecho desde el punto de vista femenino, desde la óptica de las experiencias de las mujeres, pero no sólo comprenderlo y criticarlo sino también para provocar un cambio social, y desde allí, jurídico. Su pensamiento nos invita a alejar nuestra mirada del interior del Derecho (de sus fuentes de producción y su funcionamiento) para posicionarnos desde su exterior, desde la base social, porque es ahí donde se encuentra el punto de partida. Y desde allí pensar a la Teoría General del Derecho como el espacio para hacer dialogar a las ramas jurídicas con la realidad social.

Referencias bibliográficas

ARISTÓTELES (1996). *Ética a Nicómaco*, Gómez Robledo, A. (trad.). México: Porrúa.

CÁRCOVA, Carlos (1988). Acerca de las funciones del Derecho, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, N° 9, pp. 47-58.

CIURO CALDANI, Miguel A. (2020). *Una Teoría Trialista del Mundo Jurídico*. Buenos Aires: Astrea.

CIURO CALDANI, Miguel A. (2013). La estrategia jurídica, una deuda del Derecho actual, *Investigación y Docencia*, N° 43, pp. 47-77.

CIURO CALDANI, Miguel A. (1999). La teoría general del derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas, *Investigación y Docencia*, Vol. 32, pp. 25-26.

COSTA, Malena (2016). *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

CUETO RÚA, Julio C. (1957). *El common law*. Buenos Aires: La Ley, pp. 36-78.

FACCHI, Alessandra (2005). El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, Vol. 3, N° 6, pp. 27-47.

FACIO, Alda y FRIES, Lorena (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 3, N° 6, Primavera 2005, pp. 259-294.

FERNÁNDEZ LOZANO, Paola (2016). MacKinnon, C. (2014). Feminismo Inmodificado, Discursos Sobre La Vida y El Derecho, Teresa Beatriz Arjón (trad.), Argentina: Siglo Veintiuno. *Revista Interdisciplinaria De Estudios De Género De El Colegio De México*, Vol. 3, N° 5, pp. 210-216.

FREYTES, Nadia (2009). Época de cambios importantes. El feminismo radical de los '70 y el Movimiento de Liberación de la Mujer. *Historia Regional*, Sección Historia, ISP N° 3, Año XXII, N° 27, pp. 55-74.

GOLDSCHMIDT, Werner (1995). *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma.

GRÜN, Ernesto (2004). *Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*. Buenos Aires: Dunken.

GRÜN, Ernesto (2000). El Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI desde una perspectiva sistémico-cibernética. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 4, pp. 43-124.

JARA GÓMEZ, Ana M. (2022). El feminismo radical de Catharine MacKinnon, *Akademia. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos*, Año 2022, Vol. 5, N° 2, pp. 13-38.

KANT, Inmanuel (1990). *Crítica de la razón práctica*, J Rovira Armengol (trad.). Buenos Aires: Losada.

MACKINNON, Catharine, A. (2014). *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el Derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.

MACKINNON, Catharine, A. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid: Ediciones Cátedra.

MACKINNON, Catharine, A. (1993). Hacia una teoría feminista del derecho. *Derecho y Humanidades*, N° 3-4, pp. 155-168.

MACKINNON, Catharine, A. (2005). Integrando el feminismo en la educación práctica. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, Año 3, N° 6, pp. 157-174.

OLSEN, Frances (2009). El sexo del Derecho, en *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Christian, Curtis (comp.), 2° edición. Buenos Aires: Eudeba, pp. 481-500. Publicado en *The Politics of Law*, Kairys, David (1990) (ed.), Mariela Santoro y Christian Curtis (trad.), Nueva York: Pantheon, pp. 452-467.

RAZ, Joseph (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos del Derecho y la Moral*, Rolando Tamayo y Salmorán (trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México. En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/853/1.pdf>. Consultado el 27/5/2024.

CAPÍTULO IV

GÉNERO Y TEORÍA DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE ROBIN WEST

María Eugenia Marichal⁴⁶

Florencia Vazzano⁴⁷

Esteban Marmeto⁴⁸

I. Introducción

El presente trabajo se centra en el análisis del texto de Robin West, “*Género y teoría del Derecho*”, seleccionado por sus aportes al desarrollo y la enseñanza de la teoría general del derecho con perspectiva de género. Fue publicado en castellano en el año 2000 por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia, cuya edición contiene un estudio preliminar de la jurista investigadora colombiana Isabel Jaramillo, titulado “La crítica feminista al Derecho”. Se trata de uno de los primeros textos que reúne los aportes de los feminismos jurídicos estadounidenses en castellano y desde América Latina (Costa, 2016). El texto de West en su idioma original fue publicado en 1988 con el título “Jurisprudence and Gender”, en la Revista de Derecho de la Universidad de Chicago.

Es importante destacar que dicha obra refleja las críticas que la autora efectúa al feminismo cultural y al feminismo radical al interior del contexto aca-

⁴⁶ Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Argentina.

⁴⁷ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. IEJUS.

⁴⁸ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina Becario doctoral por la Comisión de Investigaciones Científicas (CIC)

démico y jurídico de Estados Unidos de fines de la década de los ochenta⁴⁹. Por tanto, la obra y el análisis que en este trabajo se realiza se focalizan en las discusiones académicas que West sostiene en ese momento con esos dos sectores de los feminismos, con muy breve mención de algunas ampliaciones posteriores en el anteúltimo apartado. Cabe destacar que en dicho texto la autora no alude aún a los cuestionamientos de las feministas anti-esencialistas, aunque se ha referido a ello en un trabajo posterior “Caring for justice” (West, 1999) en el cual refuerza su propuesta sobre una teoría del derecho feminista (Jaramillo, 2000).

“*Género y teoría del Derecho*” es un trabajo que convoca a la pregunta sobre los fundamentos de la teoría del Derecho: ¿por qué es necesario teorizar sobre el Derecho? ¿Qué interrogantes debe plantear una teoría del Derecho? La autora afirma que prácticamente todos los teóricos norteamericanos del derecho -aludiendo al contexto geográfico en el cual desarrolla su perspectiva- así como la mayoría de los filósofos políticos y morales contemporáneos brindan sus respuestas a la pregunta ¿qué es un ser humano? desde lo que denomina “la tesis de la separación”. Esta tesis considera que cada ser humano está físicamente separado de todos los otros seres humanos, siendo éste un componente clave para el origen del derecho (West, 2000).

Los teóricos críticos del derecho a los que se refiere West en este texto forman parte de los denominados *Critical Legal Studies* (CLS) corriente que se conforma aproximadamente a fines de los '60 y principios de los '70. Ella mapea el escenario de la academia jurídica norteamericana aproximadamente durante el “mito de la edad dorada” (Kennedy, 1992) cuando habían alcanzado una gran notoriedad por la forma en que polemizaron cuestionando el *status quo* en las Universidades anglosajonas en sus premisas más básicas. Sus interlocutores a lo largo del texto son precisamente los referentes más reconocidos de esa etapa fundacional⁵⁰. Cabe señalar que las corrientes críticas del derecho no se limitan a esas construcciones, pudiendo identificarse variantes tanto en el norte (CLS en Inglaterra, la Crítica del Derecho en Francia, el Uso Alternativo del Derecho en Italia, etc.) como en el sur global (el Positivismo Jurídico de Combate en Brasil, la Escuela Crítica del Derecho en Argentina, entre otras). Se han desarrollado en diversos contextos y épocas y si bien no conforman un cuerpo teórico homogéneo, comparten ciertos “rasgos de familia” (Pérez

⁴⁹ Robin West, nacida en 1954 en Estados Unidos, es Profesora de Derecho y Filosofía en la Universidad de Georgetown, y Doctora en Derecho por la Universidad de Maryland. Sus investigaciones se destacan por sus aportes al feminismo jurídico, a la teoría y a la filosofía del Derecho, y a la interrelación entre la literatura y el Derecho.

⁵⁰ Extrae largos párrafos de Peter Gabel, Roberto Mangabeira Unger y Duncan Kennedy, cuyo pensamiento “es considerado como el más representativo” de los CLS, al punto que “cuando se habla de los CLS, se habla de Duncan Kennedy” (Moro, 2010: 11).

Lledó, 1996)⁵¹. Sin embargo, a los fines de simplificar la exposición, cuando a lo largo de este capítulo se utilice las expresiones “teoría crítica” o “teóricos críticos” sin mayor aclaración, será en referencia a los CLS como variante norteamericana de la teoría crítica del derecho, siguiendo el recorte que realiza la autora analizada. Es decir, West va a cuestionar las bases de la narrativa de la teoría jurídica encontrando una base común entre dos grandes abordajes aparentemente disímiles (crítico - liberal) pero que es delimitado implícitamente a partir de un recorte muy preciso de autores contemporáneos y geolocalizados en su mismo espacio, operación que realiza tanto en el conjunto del pensamiento crítico del derecho como en el liberalismo (Nussbaum, 2008).

La pregunta por el ser humano es común a muchas disciplinas (Sociología, Antropología, Filosofía, Derecho, Moral, Psicología, Historia, etc.). Ahora bien, en el marco de la teoría general del derecho amerita dar un paso y abrir la siguiente pregunta: ¿quiénes son o han sido los *sujetos de derecho*? En el intento por encontrar respuestas, la obra de West muestra que los auténticos destinatarios del derecho han sido aquellos “seres humanos” a quienes se les ha atribuido la característica de estar “separados” materialmente de los demás. Por eso, afirma que tanto la teoría liberal como la crítica, así como también el feminismo cultural y el radical, aluden a un derecho que es masculino, considerando que el mismo se estructura sobre la base de la “separación”, una noción asociada a la idea de autonomía, reservada a los hombres (West, 2000).

El posicionamiento de West resulta de este modo relevante porque pone de resalto que toda teoría del derecho refleja, sea de manera explícita o implícita, la preeminencia de ciertos valores que se construyen para dominar en el mundo jurídico y social. Desde allí, sus ideas permiten tomar una postura crítica hacia el derecho y su teorización, a la vez que sus aportes muestran que, desde la propia teoría, se pueden cambiar los criterios de valoración dando ingreso a las experiencias de vida de las mujeres.

Partiendo de estas ideas, este trabajo se organiza en seis apartados. Luego de esta introducción, el segundo apartado recupera algunos conceptos claves del texto analizado e intenta un cruce posible entre el posicionamiento de Robin West (a partir del texto señalado) y la teoría general del derecho según dos abordajes locales (la teoría trialista del mundo jurídico, y la perspectiva crítica argentina del derecho). En el tercer apartado se delinear brevemente

⁵¹ Si bien caracteriza a la crítica jurídica como un movimiento teórico heterogéneo -que emerge en los 60-70- Cárcova (2009) señala cuatro rasgos comunes: 1) consideran agotados los grandes modelos paradigmáticos del derecho (positivismos e iusnaturalismos) por sus respectivos reduccionismos; 2) denuncian la asunción de las premisas epistémicas de los modelos explicacionistas; 3) ponen en crisis la “filosofía de la conciencia”; 4) subrayan la importancia del fenómeno de la ideología en la teoría del derecho.

algunas críticas centrales a la propuesta de West, a partir de un artículo de Martha Nussbaum (2008). En el cuarto, se presentan algunas breves referencias de ampliaciones posteriores del mapeo teórico de West. Luego se aportan dos propuestas de actividades prácticas para trabajar en las aulas y, finalmente, se plantean algunas reflexiones finales a modo de cierre.

II. La perspectiva teórica

1. Algunos conceptos claves

a) La tesis de la separación y la tesis de la conexión

Desde el marco teórico de la teoría trialista del mundo jurídico (TTMJ), la construcción de una teoría del derecho que sea general, es decir, comprensiva de lo “común” y lo “abarcativo”⁵², permite abordar los elementos compartidos por las ramas jurídicas: los casos o problemas de la realidad social, las normatividades y los valores jurídicos (Goldschmidt, 1995; Ciuro Caldani, 2020). Desde este abordaje, la teoría general del derecho se ocupa de la noción de sujeto de derecho generando interrogantes tales como: ¿todos los integrantes de la familia humana⁵³ son sujetos de derecho? West intenta mostrar que los destinatarios del derecho son aquellos seres humanos a quienes se les ha atribuido la característica de estar “separados” de los demás. La autora afirma que tanto la teoría liberal del derecho como la teoría crítica del derecho adoptan la “tesis de la separación”. Desde la TTMJ, se puede entender que esta tesis de la separación toma como punto de partida la noción de *unicidad*, que es aquella en virtud de la cual cada persona es considerada única y diversa respecto de los demás. La unicidad, de base kantiana, reclama independencia del sujeto respecto de todo tercero (el Estado y los particulares) que pueda interferir arbitrariamente en su zona de desenvolvimiento personal⁵⁴.

⁵² Todas las ramas del Derecho se ocupan de casos o problemas de la realidad social, todas contienen normatividades y valores, siendo la justicia el valor superior (lo común); y todas comparten instituciones, conceptos, reglas y principios que por su transversalidad abarcan a todas ellas y reflejan sus interacciones (por ejemplo, el instituto de la responsabilidad, el abuso del Derecho, el concepto de persona, de derecho subjetivo, de deber jurídico, el principio de no dañar, de buena fe, etc.).

⁵³ Para la TTMJ, la familia humana da origen al ideal de comunidad que es uno de los elementos del régimen de justicia humanista (Goldschmidt, 1995).

⁵⁴ En el marco de la TTMJ, la unicidad es uno de los elementos del régimen de justicia humanista junto con la igualdad, la tolerancia y la comunidad. El régimen de justicia humanista es aquel en el que las personas son tratadas como fines en sí mismas y no como meros medios. La *unicidad* exige una organización jurídica que brinde protección a las personas frente a intromisiones injustificadas de terceros; la *igualdad* reclama el trato igualitario entre los iguales y las mismas oportunidades para la personalización; la *tolerancia* exige respeto por el ideal de verdad

West afirma que, en razón de la adhesión a la tesis de la separación, la teoría actual del derecho -tanto la liberal como la crítica- es esencial e irremediablemente masculina. Sin embargo, las mujeres no se encuentran separadas “sino conectadas a otra vida humana durante el embarazo” (West, 2000: 72) y también conectadas a otros seres humanos en al menos “cuatro experiencias recurrentes, críticas y concretas: la experiencia misma del embarazo; la experiencia, invasora y “conectante” de la penetración heterosexual que puede llevar al embarazo; la experiencia mensual de la menstruación, que representa el potencial del embarazo, y la experiencia del amamantamiento” (West, 2000: 72). Por tanto, las mujeres no estarían comprendidas dentro del reconocimiento de la unicidad, aquella que se construye para que los sujetos únicos e independientes puedan adoptar sus decisiones libremente sin intromisiones ajenas.

West (2000) sostiene que si bien, tanto la teoría liberal del derecho como la teoría crítica del derecho siguen la tesis de la separación, sus relatos sobre la experiencia subjetiva de la separación física son casi diametralmente opuestos. Mientras los teóricos del liberalismo describen una vida interior animada por la *libertad* y la *autonomía*, y amenazada por el peligro de la *aniquilación* por el otro, los teóricos críticos cuentan una historia de vida interior dominada por sentimientos de *alienación* y *aislamiento*, animada por la posibilidad de *asociación* y *comunidad* con el otro.

West (2000) sostiene que la autonomía y el miedo a la aniquilación son los valores y males oficialmente reconocidos, ocupan un lugar dominante en la cultura.

Desde la TTMJ, la perspectiva liberal realza la unicidad y la igualdad, en cuanto sostiene que “cada uno de nosotros es libre y todos somos igualmente libres y debemos ser tratados por nuestro gobierno como seres libres e igualmente libres” (West, 2000: 76). La separación física del otro determina tanto lo que se valora (la autonomía) como lo que se teme (la aniquilación), el otro es visto como una amenaza y es necesario reconocer el mismo derecho a definir y seguir la propia vida, el propio camino, la propia identidad y la propia concepción de buena vida, libre de interferencias de los otros (West, 2000). La teoría crítica del derecho, por su parte, promueve la unicidad y la comunidad, en cuanto parte de la premisa de que cada uno está separado de los demás, pero establece como fin la creación de lazos intersubjetivos. El estado material de separación genera un anhelo perpetuo de comunidad, de vínculo, de unifica-

de otras personas o grupos y la aceptación de sus diferencias; la *comunidad* significa que los individuos deben ser reconocidos como integrantes de la familia humana, por su pertenencia común al grupo y su posibilidad de desarrollar vínculos y lazos de cooperación (Goldschmidt, 1995; Ciuro Caldani 2020).

ción, de *conexión*. El individuo intenta conectar con los demás ante el temor - no de ser aniquilado- sino de caer en la alienación, la soledad y el aislamiento existencial (West, 2000).

Ahora bien, ¿la noción de comunidad a la que refiere la teoría crítica del derecho incluye a todos los integrantes de la familia humana? Si la tesis de la separación a la que adhiere se construye desde el punto de vista masculino, la comunidad es exclusivamente entre hombres, aquellos que estando separados entre sí prefieren crear lazos de fraternidad.

Por otro lado, West (2000) sostiene que las teorías feministas contemporáneas parten de la consideración de que la mujer está esencialmente *conectada*, tanto materialmente (a través del embarazo, del acto sexual y del amantamiento) como existencialmente, a través de la vida moral y política. El feminismo cultural y el feminismo radical presentan ese rasgo común: ambos se asientan sobre una concepción del estado existencial de la mujer fundamentada en su potencial de conexión física y material a la vida humana. Ni las feministas culturales ni las radicales son explícitas en su adhesión a la “tesis de la conexión”, pero ambas la reflejan en sus ideas. Ahora bien, sus relatos acerca del significado del estado material y existencial de la conexión son marcadamente opuestos. Las feministas culturales sostienen que las mujeres valoran la *intimidad*, desarrollan una capacidad de sustentar la vida y una ética del cuidado por el otro, y temen su separación respecto a él. Las feministas radicales, en cambio, entienden que la conexión constituye un acto de *invasión* a la integridad física y existencial de las mujeres (West, 2000).

West (2000) añade que es posible que las mujeres valoren la intimidad de la conexión conforme lo considera el feminismo cultural, y esa es la historia “oficial”, pero es cierto que ello implica intrusión y que anhelamos la individuación e independencia a partir de la liberación de ese estado de conexión, y eso es pretendido de manera “no oficial”. Aquella “historia oficial” se ha visto plasmada en la obra de Carol Gilligan, una de las referentes más importantes del feminismo cultural⁵⁵. Su teoría intenta mostrar que las mujeres están más conectadas a la vida que los hombres porque son las responsables primarias del cuidado de los niños, que son más sustentadoras, protectoras, afectuosas y responsables hacia los otros que los hombres, y que esta capacidad para el sustento y el cuidado dicta los términos morales con los que las mujeres, de manera distintiva, construyen las relaciones sociales.

El problema es que, sostiene West (2000), estas diferencias han sido reconocidas por las feministas culturales como características fuertes de la mujer

⁵⁵ West destaca la obra de Carol Gilligan “*In a Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development*” de 1982 constitutiva del eje principal del feminismo cultural, analizada en el capítulo II de este libro.

-que resaltan y celebran- más que como sus debilidades. Además, no explican las causas de esas diferencias, es decir ¿por qué son las mujeres y no los hombres las que crían, sustentan y cocinan para sus niños?

Las feministas radicales, por su parte, consideran que la conexión que la mujer mantiene con otros es la causa de la degradación, impotencia, subyugación y miseria propia. La conexión no implica intimidad, sustentación y cuidado sino invasión e intrusión, siendo esta la historia “no oficial” de la experiencia subjetiva de conexión de las mujeres (West, 2000).

El feminismo cultural realza la intimidad, la responsabilidad y la ética de cuidado como valores, y el temor de la mujer a la separación y al aislamiento de esa comunidad de la que ella depende y que depende de ella. La idea de comunidad que aborda la teoría general del derecho en su vínculo con la teoría trialista alude a la necesidad de desarrollar la solidaridad como valor jurídico entre los integrantes de la familia humana (Goldschmidt, 1995; Ciuro Caldani, 2020). Sin embargo, la noción de comunidad que subyace de los planteos feministas no incluye a los hombres, porque ellos no están asociados a la conexión ni a la capacidad de sustentar y cuidar a los demás sino a la separación y la autonomía.

El feminismo radical, por su parte, abre camino para conectar el derecho con la realidad social, en cuanto denuncia la invasión y degradación que sufren las mujeres, intentando desenmascarar al orden jurídico y dejando a la luz la histórica dominación masculina. Desde la teoría general del derecho, ello permite analizar el mundo jurídico desde una perspectiva externa con el fin de poder desvelar aquellas conductas, actitudes, creencias, sentimientos de la vida social que el derecho reproduce⁵⁶.

West (2000) termina reafirmando que toda teoría del derecho, sea la liberal o la crítica, sean las teorías feministas, aluden a un derecho que es masculino: el derecho no se ocupa de la conexión sino de la separación que es una noción para los hombres; el Estado de derecho no valora la intimidad porque su valor oficial es la autonomía; el cuidado no es valorado por la teoría liberal del Derecho ni tampoco es compensado por la economía de mercado, ni en el hogar ni en el lugar de trabajo. Los valores y las características distintivas de la vida de las mujeres no están reflejadas en la teoría del Derecho porque esta se

⁵⁶ La perspectiva externa del derecho, en el enfoque de la teoría general del derecho, es aquella que permite abrir el espacio de la pregunta y la reflexión enfocando la mirada más allá de las respuestas de las ramas jurídicas, entrelazando al derecho con sus horizontes: la política, la religión, la moral, la economía, la sociología, la cultura toda (Ciuro Caldani, 2020). Se toma como marco teórico más amplio la “Teoría General de Sistemas”, que permite analizar el Derecho como un sistema abierto que mantiene vinculaciones de entrada (in-put) y salida (out-put) con otros sistemas de su entorno (Grün, 2004).

ocupa de las leyes creadas por hombres, y las mujeres no han tenido desde el origen del Derecho el poder para hacer que las leyes protejan, valoren o tomen en serio su experiencia. La autora adopta una postura crítica hacia la tesis de la separación y la tesis de la conexión dejando ver que las construcciones teóricas nunca son abarcadoras de la totalidad de la vida y la realidad social. Pues, al respecto afirma que la tesis de la separación tampoco es enteramente cierta con respecto a los hombres porque estos están conectados a otra vida humana antes de cortar el cordón umbilical, están en cierta medida conectados a las mujeres durante la cópula y tienen aberturas que pueden ser penetradas sexualmente, además pueden conectar con otros seres humanos, sustentar la vida y proteger a otros, aunque la mayoría de los hombres no lo hace porque ello no se ajusta a la visión imperante. La tesis de la conexión tampoco es enteramente cierta respecto de las mujeres porque no todas atraviesan la experiencia del embarazo ni son penetradas sexualmente, pueden pasar toda su vida desconectadas o indiferentes respecto de otros seres humanos, asimismo muchas mujeres pueden proseguir sus proyectos personales, alcanzar su individualidad y libertad, aunque la mayoría no lo hace porque ello no se adecua al enfoque predominante.

b) Los horizontes de la teoría feminista del derecho de West

West (2000) propone la creación de una teoría feminista del Derecho que pueda confrontar tanto las barreras políticas como las conceptuales que impiden la libertad de la mujer, esos son los dos grandes objetivos que marcan su *estrategia feminista*⁵⁷. En relación al primero, combatir el profundo desequilibrio de poder desde el interior mismo de la Política y el derecho, en relación al segundo, corregir, mejorar y participar en todas aquellas imágenes y conceptualizaciones de la teoría del Derecho que son utópicas y hacen apologías a favor del patriarcado.

En una tercera parte del ensayo, West traza interesantes relaciones entre las cuatro grandes corrientes que describió (teoría jurídica liberal, teoría jurídica crítica, feminismo radical, feminismo cultural) y explica algunas confusiones en los vínculos que usualmente se trazan entre ellas. A partir de una “compara-

⁵⁷ En la teoría general del derecho que se construye desde la teoría trialista se aborda la noción de *estrategia y táctica jurídica*, la primera entendida como la organización de los medios para lograr un objetivo general del derecho, la segunda como la puesta en marcha de los medios específicos para el cumplimiento de esa estrategia. La expresión estrategia y táctica deviene del ámbito militar, específicamente de la definición de Karl von Clausewitz, militar prusiano que consideró a la estrategia como la combinación de los encuentros para lograr el objetivo de la guerra y a la táctica como la preparación y conducción de los encuentros entre las fuerzas armadas. Desde la teoría general del derecho tales nociones pueden ser proyectadas al campo jurídico. Véase Ciuro Caldani (2013).

ción estructural de las descripciones de la subjetividad” (West, 2000: 132) que ofrecen estas teorías revisa las nociones de legitimación, apología, negación y contradicción fundamental. Sin ingresar en un análisis pormenorizado, se pueden establecer algunas vinculaciones entre la “contradicción fundamental” (autonomía - alienación) que recupera de Kennedy y Unger, y la “contradicción existencial” (entre valorar la intimidad y temer la invasión) que propone ella desde la teoría feminista, con algunas elaboraciones conceptuales de la versión argentina de las teorías críticas (en adelante, TCA). La contradicción fundamental en la subjetividad (masculina) que describen los teóricos críticos tiene un reflejo en la cultura legal, y es “El Estado de Derecho” (en mayúsculas en el texto de West) el que refleja esa contradicción. Si bien oficialmente está para proteger la autonomía y minimizar los peligros derivados de la vulnerabilidad,

“también tiene un potencial no oficial, clandestino, subterráneo, solo ocasionalmente reconocido, pero a pesar de todo, siempre ahí... Como consecuencia puede ser usado, y ocasionalmente es usado, para aliviar el dolor que sentimos como consecuencia de nuestra alienación, así como para proteger nuestra autonomía que valoramos contra la muy real amenaza de la aniquilación” (West, 2000: 146).

Esta contradicción es precisamente lo que, desde una perspectiva funcional, la TCA aborda como función paradójica del derecho (Cárcova, 2009). West explica que la contradicción que experimentan las mujeres es más difícil de analizar porque, a diferencia de los hombres, que pueden manifestar su contradicción en todas las esferas de la vida pública (la literatura, el arte, y todos los campos del derecho) las mujeres guardan silencio. Ellas no pueden “expresar su subjetividad con la misma autoridad con que la expresan los hombres” (West, 2000: 151) y ese silencio impide estudiar sus vidas.

Tal vez una de sus intuiciones más acertadas es que esa forma de guardar silencio “evidentemente está cambiando” (West, 2000: 151). Ya a fines de los '80 percibe que cada vez más las mujeres se están expresando en todos los campos. Masivos movimientos de mujeres organizadas llegarán a denunciar las prácticas de silenciamiento y aniquilación bajo consignas contundentes y multitudinarias como “Ni una menos” o “Me too”. Estas movilizaciones se gestan y expanden en clave colectiva, un punto que el análisis de West, quizá limitada por su interés en la “subjetividad” de “la mujer”, no llega a abarcar. Ella observa una ocupación de espacios, alzamiento de voces y construcción de relatos en referencia a experiencias individuales⁵⁸.

⁵⁸ En este sentido de vidas individuales, relata su experiencia la primera vez que leyó el libro de C. Guilligan: “ella ha descrito mi manera de pensar, lo que valoro, lo que temo, como he creci-

Apunta que la gran diferencia entre la contradicción en la teoría del derecho y en la teoría feminista es que las mujeres no sólo viven dentro de los parámetros de esa contradicción fundamental, sino que además lo hacen bajo las condiciones opresivas del patriarcado. Es imprescindible entonces investigar la experiencia de la contradicción intimidad - invasión en las mujeres, y cómo el patriarcado la efectúa, pervierte e, incluso, la causa. Es interesante su señalamiento acerca de cómo funciona esta contradicción fundamental para las mujeres en un Estado de Derecho liberal que entroniza la autonomía y no valora la intimidad. Esta apreciación y depreciación resulta en el empobrecimiento económico de las mujeres al invisibilizar el trabajo de cuidado. Abolir el patriarcado es así una condición política necesaria para la creación de una teoría feminista del derecho que lleve adelante “dos modestos proyectos” (West, 2000: 158). Primero, una tarea que puede situarse en la línea del pensamiento crítico: el desenmascaramiento del patriarcado oculto tras una teoría del derecho pretensamente neutral. Segundo (aquí se deja ver su alineamiento al feminismo relacional) las teóricas feministas deben comprometerse con una teoría constructivista del derecho capaz de rearticular los derechos de las mujeres ya conquistados (gracias a las primeras reformas legales feministas como el acceso al aborto) para que “revelen, en lugar de que escondan, su origen en el distintivo estado existencial y material de ser de las mujeres” (West, 2000: 159).

Luego de haber analizado la dimensión sustantiva de las diferencias entre la teoría del derecho y la teoría feminista, en la última parte (tal vez la menos desarrollada) aborda la dimensión metodológica⁵⁹. Insiste en que el feminismo tiene que “inundar” con sus propios relatos el “mercado” hasta que quede claro que las experiencias de las mujeres no coinciden con las de los hombres: “debemos despojar a los teóricos del derecho de la seguridad de que hablan en nombre de las mujeres, y debemos llenar el vacío que surgirá cuando logremos hacerlo” (West, 2000: 165).

De esta sección metodológica se rescata aquí una afirmación de West que, marginalmente, revela un atisbo de mirada colectiva. Explica que, ya sean provenientes de teóricas feministas fenomenológicas o narrativas, aquellas historias que se logren contar podrán mostrar el valor de la intimidad “no sólo para las mujeres, sino para la comunidad” y mostrar que el daño que causa la negación de ese valor en la ley es “de nuevo, no sólo para las mujeres, sino a la comunidad” (West, 2000: 165). En relación a esta extensión de las consecuen-

do, y como espero crecer. También ha descrito las vidas morales de las mujeres que conozco” (West, 2000: 151).

⁵⁹ Lo hace proponiendo una última matriz de cuatro entradas que complejiza aún más la relación entre estas teorías, a las que clasifica según utilicen un método “narrativo” o “fenomenológico” de la teoría del derecho.

cias positivas de la perspectiva de género, más allá de contribuir a mejorar las vidas individuales de las mujeres, cabe trazar una línea entre la teoría jurídica feminista propuesta por West con otros estudios y movimientos feministas. Así, desde el ecofeminismo está claro que la lucha contra el patriarcado (el capitalismo patriarcal), en tanto sistema expoliador simultáneo de cuerpos y territorios, redundará no sólo en beneficio de las mujeres sino de la supervivencia y sostenibilidad de toda forma de vida en el planeta (Federici 2020; Marichal y Gómez Iriondo 2023; Mies y Shiva 1997). También desde la epistemología feminista de la ciencia se resalta:

“recibir el aporte de las mujeres (de las diversas mujeres) a la ciencia no sólo es justo para las mujeres, así como eliminar lo femenino del ámbito de conocimiento científico no sólo es una pérdida para ellas. Es una pérdida para la ciencia y para el avance del conocimiento humano, porque se estrechan los horizontes de búsqueda de la ciencia misma. Y es también una pérdida para la democracia, porque todo intento hegemónico (también el del conocimiento) es ética y políticamente opresivo” (Maffía, 2007: 98).

Hasta aquí, la propuesta de West parece proponer un cambio profundo, de línea crítica. Sin embargo, en la última sección establece que la “meta de la teoría feminista reconstructiva es volver racional la reforma feminista” (West, 2000: 170). Con lo cual, y al menos desde algunos ejes del pensamiento crítico latinoamericano delineados por la TCA (Duquelsky Gómez, 2020), la autora se aproxima a un paradigma pospositivista liberal, en tanto aspira a un proyecto racionalista, constructivista e individual. Es más complejo caracterizarla en relación al eje del universalismo. Si bien habría una tarea de desenmascaramiento del patriarcado, las diferencias dicotómicas entre hombre y mujer con las que quiere cuestionarlo, parecen establecer una nueva forma esencialista de universalizar una figura abstracta de mujer. Esta “mujer” que describe West, aunque experimenta contradicciones que las teorías jurídicas masculinas hegemónicas no pueden explicar, reviste unas características que la acercan sospechosamente al patrón de mujer blanca de clase media norteamericana. Según se verá en el apartado siguiente Martha Nussbaum (alguien que claramente encaja en ese patrón) señalará esta limitación.

West aporta un análisis incisivo de la teoría jurídica, que conserva validez porque las bases patriarcales del derecho aún siguen intactas. Sin embargo, ante los desarrollos posteriores de las teorías de género (en plural) la propuesta reconstructiva de su trabajo hoy puede resultar un tanto estrecha. Aun sin compartir su proyecto reconstructivo, se puede afirmar que es necesario seguir

imaginando un derecho post- patriarcal porque “la negación de cualquier forma esencial de lo femenino no conlleva la imposibilidad de actuar para cambiar lo dado” (Ruiz, 2013: 30).

2. Una crítica posible: Nussbaum y la reivindicación del liberalismo

A partir de una férrea defensa del liberalismo igualitario, la filósofa política Martha Nussbaum publicó “Robin West, Jurisprudence and Gender: Defending a Radical Liberalism” (2008) en el que buscó rebatir los embates de West (1988) hacia la teoría liberal y su adhesión a la “tesis de la separación” por resultar perjudicial para las mujeres.

Nussbaum (2008) reconoce la considerable influencia que ha tenido el escrito de West y resalta este llamado de atención de la autora: alcanzar la equidad de género precisa de un trabajo práctico y político, a la vez que teórico y conceptual. Sin embargo, advierte que, si las teorías normativas que se tomen de base no se desarrollan, se ofrecerá una guía defectuosa al trabajo práctico. Recupera el argumento central de West sobre el mundo que la teoría feminista debería imaginar. West propone revisar la teoría general del derecho cuestionando las conceptualizaciones creadas para dominar, de forma tal que sirva como herramienta para generar cambios no sólo a nivel teórico sino social, y así poder incluir todas las formas de vida y de ser. Al decir de West, “la teoría feminista del derecho debe aspirar a ocasionar esto y, para hacerlo, debe aspirar a transformar las imágenes, así como el poder. La teoría masculina del derecho debe volverse humanista, y la teoría humanista del derecho debe volverse inmodificada” (West, 2000: 175).

Nussbaum (2008) encuentra esa conclusión un tanto infradesarrollada, en la medida que una teoría humanista no puede llegar a ser una teoría que la que toda forma de vida sea valorada y respetada. Concluye que el feminismo contemporáneo debe tener una visión más amplia de los problemas a enfrentar. Si bien el acceso al aborto sigue siendo una cuestión importantísima, se debe considerar las numerosos y serias dificultades que aquejan las vidas de las mujeres pobres. Principalmente considera los problemas de aquellas mujeres que habitan en países subdesarrollados y en vías de desarrollo, tales como el inequitativo acceso a la salud pública, la educación y la nutrición. Tampoco advierte en West una preocupación por especies no humanas, como es el caso de los animales, los seres no sintientes como las plantas y el ecosistema en general. Aunque reconoce que hay elementos admirables en el trabajo, como la cuidadosa atención a las variedades del feminismo y su determinación en repensar los encuadres legales desde las preocupaciones feministas, despliega una tarea argumental para cuestionar la interpretación de algunos conceptos centrales.

Así, considera que la “tesis de la separación” sobre la que se asienta la corriente del liberalismo posee una potencia teórica que no debe ser dejada de lado por quienes pretendan desarticular la desigualdad de género. Advierte que, de abandonarse, se correría el riesgo de romper con la separación física y mental que nos conecta con otros seres (Nussbaum, 2008).

El foco de discusión que Nussbaum (2008) utiliza para contrarrestar la tesis que desarrolla West está dado por la necesidad de reivindicar y defender la importancia que la “tesis de la separación” tiene en la corriente del liberalismo para resolver cuestiones relativas a la inequidad de género. Como se vio en acápite anteriores, esta última autora sostiene que esa tesis es falsa porque ignora y margina la capacidad empática e intuitiva de la mujer con otras personas. En particular, West se vale de la conexión física que mantiene una mujer con quien amamanta, conexión que proviene en consecuencia del embarazo. Nussbaum (2008) intenta, a través de varios ejemplos, desarticular esa afirmación al señalar que más allá de los profundos vínculos que se puedan generar en esas situaciones, la tesis de la separación es tanto verdadera como importante. Señala que sería peligroso sostener la idea de conexión durante el embarazo, al menos entendida como de doble vía, pues no hay nada en el feto que mejore el estatus nutricional de la madre. Entiende que West romantiza el estado de embarazo al no lograr observar todas las tensiones que puede haber en la conexión física (por ejemplo, en el caso de violación). Así, desechar la tesis de la separación posibilitaría echar por tierra los avances legislativos logrados en cuestiones relacionadas con el aborto. La autora no rechaza que en ciertos casos exista una especie de conexión, pero negar completamente la “tesis de la separación” desencadenaría consecuencias sumamente peligrosas para los derechos de las mujeres.

En vinculación con lo hasta aquí descrito, Nussbaum (2008) contrasta con la opinión de West respecto de catalogar a la “tesis de la separación” como una tesis meramente descriptiva carente de normatividad. West estaría entendiendo que, en la teoría liberal, la autonomía (como algo valioso) es una consecuencia de la separación (material) del otro. Nussbaum no coincide con ello dado que si bien los teóricos liberales parten de afirmaciones de carácter fáctico como la separación, no asumen de allí nada valorativo. Las dos grandes premisas del liberalismo (el igual valor de las personas y la asunción de que las políticas deben dar un igual respeto a todas las personas) no son afirmaciones fácticas sino tesis normativas. Aquí es cuando, en opinión de la autora, la tesis de la separación cobra relevancia. Ante la premisa de que todos nos debemos el mismo trato, surgirá el interrogante acerca de cómo distribuir de manera justa los bienes disponibles entre las personas, dado ese estado innegable de separación (Nussbaum, 2008).

Para Nussbaum (2008), las conclusiones a las que West arriba se debe a que no profiere una correcta distinción entre las distintas líneas de pensamiento de las concepciones liberales. Esto obedece a que cuando ella pone en resalto la falta de inclusión de las mujeres en las bases de las teorías de la justicia, realiza una lectura limitada del panorama liberal. Nussbaum le reprocha a West no citar a ningún pensador liberal reconocido, como pueden ser Locke, Kant o Rawls, completamente ausentes en el ensayo, mientras que sus citas van de Hobbes (a quien difícilmente considera un liberal) a Robert Nozick, un “liberal menor de la variedad libertaria extrema” (Nussbaum, 2008: 991). Reconoce que hay desacuerdos al interior del liberalismo y que, en definitiva, West no se equivoca al señalar que pocos liberales han sido feministas y que las variedades del liberalismo más familiares al pensamiento legal más temprano no eran muy feministas. Señala que un primer problema fue la flagrante inconsistencia de esos primeros varones liberales que entronizaron la igualdad de las personas, pero exceptuando a las mujeres (y los afroamericanos y miembros de las colonias, agrega) de la humanidad. Es decir, con la excusa de que se trataba de una institución privada y no pública, excluyeron completamente a la familia patriarcal del escrutinio del principio liberal de igualdad⁶⁰. Nussbaum entiende que los errores del liberalismo legal han sido largamente reconocidos desde que el feminismo radical los expuso, y si bien West está más próxima al feminismo de la diferencia, su trabajo también jugó un papel en ese reconocimiento. Cree que, lo que aún está intacto es “es un liberalismo que en sí mismo es radical, ya que es una de las demandas más radicales que se pueden hacer al mundo social exigirle una política que realmente exprese un respeto igual para cada ser humano” (Nussbaum, 2008: 996).

3. Los aportes de Robin West a la teoría general del derecho

West procura contribuir al área de teoría general y filosofía del derecho⁶¹ y se identifica con el feminismo relacional (West, 2019b). El texto analizado centralmente en este capítulo (West, 2000) representa un artículo pionero por su caracterización de las dos grandes vertientes de la teoría feminista que identifica como más relevantes en la academia legal estadounidense a finales de los ochenta: el “feminismo cultural” y el “feminismo radical”. Además, explora las conexiones de ambas vertientes con el campo jurídico, que se divide

⁶⁰ Pero afirma que ya J. Stuart Mill en “El sometimiento de las mujeres” (1869) brindó poderosos argumentos para la crítica, y hay poco que el feminismo moderno pueda agregar (Nussbaum, 2008).

⁶¹ Se considera que estas áreas jurídicas, más familiares a las taxonomías académicas latinoamericanas y romanistas en general, son las equivalentes a Jurisprudence, materia en la que se desempeña la autora (West, 2011).

también en dos grandes áreas (pensamiento jurídico liberal y crítico, respectivamente). Casi tres décadas más tarde presentará una definición más amplia de la “jurisprudencia” o teoría jurídica feminista contemporánea como

“un cuerpo de conocimiento producido durante la segunda mitad del siglo XX y el primer cuarto de este siglo que ofrece explicaciones sobre la complicidad de la ley en la subordinación continua de las mujeres y las minorías sexuales, al tiempo que busca las posibilidades dentro de la ley para lograr una igualdad de género y sexual duradera” (West, 2019a:1).

Considera que tiene un doble objetivo, por un lado, es descriptivo-crítico del derecho, y normativo- aspiracional por el otro. Partiendo de esa concepción, entiende que las grandes ramas de pensamiento feminista predominantes son el feminismo liberal y el feminismo radical. Explica que, en los noventa, estas dos corrientes comenzaron a perder su monopolio conjunto sobre el feminismo jurídico, lo cual permitió una apertura pragmática y el desarrollo de una pluralidad de aproximaciones teóricas. Ello resultó en un feminismo menos comprometido con las premisas teóricas y más con la elaboración de una doctrina capaz de ayudar a las mujeres más allá de las grandes narrativas (West, 2019a).

Así, la autora complejiza el mapa inicial de fines de los ´80 con la aparición de “subcampos” dentro de la teoría jurídica feminista:

| Subcampo | También llamado/asociado a | Representante |
|--|-----------------------------------|--------------------------|
| F. Relacional | F. cultural o F. de la diferencia | Robin West |
| F. de la vulnerabilidad | - | Martha Albertson Fineman |
| F. Racial crítico | F. interseccional | Kimberlé Crenshaw |
| F. Socialista | - | Cynthia Grant Bowman |
| F. jurídico posmoderno | - | Laura Rosembury |
| F. “sex-radical” o “sex-positive” | Teoría <i>queer</i> | Nan D. Hunter |

Sobre el feminismo relacional explica que, si bien el bienestar económico individual de las mujeres podría ser afectado por la adopción de una ética del cuidado, sobre todo cuando esta ética está parcialmente informada por un sacrificio personal voluntario contaminado por una falsa conciencia, el mundo se puede perjudicar por la ausencia de esta ética del cuidado en la vida pública. De este modo, el feminismo relacional conlleva “un impulso” interior por “subrayar esta paradoja y hallar una manera de resolverla que repare al mundo a la vez que proteja a las mujeres contra el abuso y la explotación” (West, 2019a:17).

III. La perspectiva didáctica

Sin fosilizar su lectura en el valioso trabajo seminal “*Jurisprudence and Gender*” (West, 1988) y considerando también sus ampliaciones y contribuciones posteriores al feminismo relacional, se proponen dos actividades prácticas posibles. Se trata de propuestas a modo de ejemplo que aportan algunas ideas para trabajar esta perspectiva en las aulas del grado de las Facultades de Derecho locales.

La primera de ellas reproduce, con algunas pequeñas modificaciones y agregados, las preguntas planteadas en Bartlett (2021:1082)⁶². Tal como West evalúa (2019a) el feminismo jurídico contemporáneo no solo ha aportado una explicación descriptiva crítica a la teoría general del derecho, sino que ha realizado contribuciones a casi todas las áreas dogmáticas (civil, laboral, penal, constitucional, etc.). Por ello, en segundo lugar, se propone una actividad práctica vinculada a un ámbito particular, en este caso, de la seguridad social y las políticas públicas asistenciales, a partir de una legislación local.

Ambas actividades pueden ser enriquecidas confrontando los aportes de West y el feminismo relacional norteamericano con conceptos y contribuciones locales provenientes de los feminismos populares y las contribuciones sobre el trabajo comunitario (Faur y Alcaraz, 2017; Faur y Prieto, 2024; Fournier, 2022; Korol, 2007), la economía feminista y los estudios sobre tareas de cuidado (Arcidiácono, Pautassi, y Zibecchi, 2011; Batthyány, 2021; Pautassi, 2016; Pautassi y Rodríguez Enríquez, 2022; Rodríguez Enríquez, 2015, 2019). Ello permitirá agregar otro nivel de reflexión en los ejercicios prácticos acerca de las variedades al interior de los feminismos, observando las aproximaciones y diferencias que pueden existir entre las inquietudes y los planteos de los movimientos feministas y de los feminismos académicos, entre los feminismos jurídicos *mainstream* del norte global y los que se desarrollan en el sur global, así como las diferentes preocupaciones y problemáticas de género en cada contexto socioeconómico y cultural.

a. Cuestionario guía para una lectura reflexiva crítica

1. Robin West sitúa la base de la diferencia de las mujeres en su capacidad corporal de reproducción y de lactancia materna ¿Es convincente este argumento? ¿Cómo se aplicaría a las mujeres sin hijos?

⁶² Se trata de un completo manual que analiza el feminismo jurídico (siempre focalizado en el norte global) organizado a partir de ejes temáticos, acompañando el análisis con propuestas pedagógicas. Aquí tomamos el primer cuestionario del capítulo 4 del libro (sobre “Diferencia”, que también analiza, entre otras cuestiones, Trabajo y Familia, Mujeres y Liderazgo, Mujeres y Ambición, Mujeres y el sistema judicial) que acompañaría la lectura de contribuciones de algunas autoras y autores norteamericanos sobre Ética del Cuidado y sus implicancias legales.

2. ¿Deberían las mujeres tratar de “apropiarse” y promover las características atribuidas al género femenino en el esquema del feminismo relacional o de la diferencia? ¿Por qué?

3. ¿Considera que hay una “experiencia femenina” del mundo? Si es así ¿es relevante saber si ésta tiene una base biológica o está basada en prácticas sociales?

4. ¿Qué podría llegar a significar que una sociedad se organice y gobierne según una ética del cuidado, la cooperación y la responsabilidad interpersonal? ¿Puede decirse que la teoría de la diferencia tenga un efecto conservador?

b. Análisis de una política pública local

En enero de 2020 se crea el Programa Argentina contra el Hambre (Res. Min. de Desarrollo Social de la Nación N° 8). Uno de sus principales instrumentos fue la denominada Tarjeta Alimentar o Prestación Alimentar⁶³. Un informe que realizaba un monitoreo de su implementación anunciaba que “casi la totalidad de las titulares del beneficio son mujeres” (Dirección General de Información Social Estratégica 2021:6)⁶⁴. Hubo quienes interpretaron que este instrumento empoderaba a las mujeres al hacerlas receptoras de los fondos para alimentar el grupo familiar, socavando el esquema patriarcal de obtención del dinero. Esto les permitía tomar directamente las decisiones sobre la alimentación de las familias a ellas, quienes, en definitiva, conocían mejor las necesidades y pondrían en primer plano la salud de sus hijos. Sin embargo, otras advirtieron que esto reforzaba los estereotipos de género pues las mujeres no sólo continuaban encargándose de las tareas involucradas en la alimentación (planificación, adquisición, preparación, disposición, limpieza) sino que además deberían cargar con la gestión de la prestación en ANSES, lo que puede conllevar engorrosas y largas tramitaciones.

⁶³ Se trata de una “asignación dineraria orientada a la adquisición de alimentos” canalizada “mediante una acreditación mensual de fondos a titulares como un complemento al ingreso familiar”. La población destinataria está constituida por personas en situación de vulnerabilidad social e inseguridad alimentaria (Res. Min. Des. Social 655/2021). Se otorga a quienes reciben alguna de las siguientes asignaciones: Asignación Universal por Hijo, Asignación Universal por Embarazo para Protección Social, Asignación por Hijo con Discapacidad, Pensión no contributiva para Madre de siete o más hijos. Los montos varían según distintos criterios de focalización (Res. Min. Capital Humano 111/2024).

⁶⁴ Entre otros datos, el informe también arrojó que en “más de la mitad de los hogares, la titular no completó el secundario y tiene menos de 30 años” (Dirección General de Información Social Estratégica 2021:6).

Imagine y compare las respuestas que se podrían brindar desde el feminismo relacional y el feminismo liberal, respectivamente, a los siguientes interrogantes:

- ¿Son las mujeres quienes toman las mejores decisiones para la alimentación familiar? ¿Deberían las políticas sociales alimentarias concebirse con perspectiva de género? Si es así, ¿qué tipo de estrategias concretas se podrían implementar en el diseño de los planes y programas alimentarios?
- El personal que trabaja en los espacios de alimentación comunitaria (comedores populares, escolares, copas de leche, etc.), muchas veces bajo formas de voluntariado, suele estar compuesto mayormente por mujeres. Desde la perspectiva del Estado ¿Se trata de un “estado de cosas deseable”? ¿Deberían las políticas sociales intervenir para modificar esta composición de género?

IV. Conclusiones

El trabajo de Robin West analizado en este capítulo representa un artículo pionero por su caracterización de dos grandes vertientes de la teoría feminista que la autora identifica como más relevantes en la academia legal estadounidense a finales de los ochenta: el “feminismo cultural” y el “feminismo radical”; asimismo por las conexiones que efectúa de ambas vertientes con la teoría del derecho, que divide en el pensamiento jurídico liberal y el crítico. West traza interesantes relaciones entre esas cuatro grandes corrientes y explica algunas confusiones en los vínculos que usualmente se piensan entre ellas.

En *Género y teoría del Derecho*, intenta mostrar que tanto la teoría liberal como la teoría crítica del derecho adoptan la tesis de la separación. Los teóricos del liberalismo realzan la autonomía y el peligro de la aniquilación por el otro; los teóricos críticos en cambio, un sentimiento de alienación y aislamiento, y la necesidad de comunidad con el otro. Por su parte, afirma que tanto el feminismo cultural como el radical parten de una teoría de la conexión de la mujer. Las feministas culturales sostienen que las mujeres valoran la intimidad y desarrollan una ética del cuidado por el otro, temiendo su separación respecto a él, mientras que las feministas radicales entienden a la conexión como un acto de invasión a la integridad física y existencial de las mujeres (West, 2000).

Sostiene que tanto la teoría liberal como la crítica, como también el feminismo cultural y el radical, aluden a un derecho que es masculino, conside-

rando que el mismo se estructura sobre la base de la separación y la autonomía, reservada a los hombres. Los valores y las características distintivas de la vida de las mujeres no están reflejadas en la teoría del derecho porque esta se ocupa de las leyes creadas por hombres. Es así que el posicionamiento de West pone de resalto que toda teoría del derecho refleja, sea de manera explícita o implícita, la preeminencia de ciertos valores que se construyen para dominar en el mundo jurídico y social. Sus ideas permiten tomar una postura crítica hacia el derecho y su teorización, a la vez que sus aportes muestran que, desde la propia teoría, se pueden cambiar los criterios de valoración dando ingreso a las experiencias de vida de las mujeres.

Referencias bibliográficas

ARCIDIÁCONO, Pilar, PAUTASSI, Laura y ZIBECCHI, Carla (2011). Respuestas estatales en torno a la alimentación y al cuidado: los casos de los Programas de Transferencia Condicionadas de Ingreso y el Plan de Seguridad Alimentaria en Argentina. *Boletín Científico Sapiens Research*, Vol 1, N° 2, pp. 54-59.

BARTLETT, Katharine T., RHODE, Deborah L., GROSSMAN, Joanna L., BRAKE, Deborah, L. y RUDY COOPER, Frank. (2021). *Gender Law and Policy*, Dallas: Aspen Publishing.

BATTHYÁNY, Karina. (2021). *Miradas latinoamericanas a los cuidados*. México: Siglo XXI Editores.

CÁRCOVA, Carlos. (2009). *Las Teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

CIURO CALDANI, Miguel A. (1999). Lecciones de Teoría General del Derecho. *Investigación y docencia*, N° 32, pp. 33-76.

CIURO CALDANI, Miguel A. (2013). La estrategia jurídica, una deuda del Derecho actual, *Investigación y Docencia*, N° 43, pp. 47-77.

CIURO CALDANI, Miguel A. (2020). *Una teoría trialista del mundo jurídico*. Buenos Aires: Astrea.

COSTA, Malena (2016). *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Didot.

Dirección General de Información Social Estratégica. (2021). La Tarjeta

Alimentar: principales resultados a un año de su implementación. CABA: Ministerio de Desarrollo Social argentino.

DUQUELSKY GÓMEZ, Diego (2020). Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano. *Revista Derechos en Acción*, Vol. 5, N° 14, pp. 929-50.

FAUR, Eleonor y PRIETO, Lucía (2024). Las ollas están vacías. La política de desarmar la trama del cuidado popular. *Anfibia*. En <https://www.revistaanfibia.com/las-ollas-estan-vacias/>. Consultado el 23/5/2024.

FAUR, Eleonor y ALCARAZ, María Florencia (2017). Una ética del cuidado popular, *Anfibia*. En <https://www.revistaanfibia.com/una-etica-del-cuidado-popular/>. Consultado el 23/5/2024

FEDERICI, Silvia (2020). *Reencantar el mundo: el feminismo y la política de los comunes*. Buenos Aires: Tinta Limón Ediciones.

FOURNIER, Marisa (2022). *Taxonomía del trabajo del cuidado comunitario*. Buenos Aires: OIT.

GOLDSCHMIDT, Werner (1995). *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma.

GRÜN, Ernesto (2004). *Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*. Buenos Aires: Dunken.

JARAMILLO, Isabel C. (2000). La crítica feminista al Derecho (estudio preliminar), en *Género y Teoría del Derecho*, Robin, West (aut.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 25-66.

KENNEDY, Duncan (1992). Nota sobre la historia de Critical Legal Studies en los Estados Unidos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 11, pp. 283-293.

KOROL, Claudia (2007). *Hacia una pedagogía feminista: géneros y educación popular. Pañuelos en Rebeldía*. Buenos Aires: Editorial El Colectivo.

MAFFÍA, Diana (2007). Epistemología feminista: La subversión semiótica de las mujeres en la ciencia. *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, Vol. 12, N° 18, pp. 63-98.

MARICHAL, María Eugenia y GOMEZ IRIONDO Pilar (2023). La lucha de las mujeres por los bienes comunes. Notas para la reflexión en el campo jurídico. *Direito Internacional Sem Fronteiras* Vol. 5, N° 1, pp. 1-14.

MIES, María y SHIVA, Vandana (1997). *Ecofeminismo: teoría, crítica y perspectivas*. Barcelona: Icaria.

MORO, Guillermo (2010). Introducción, en *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 11-27.

NUSSBAUM, Martha C. (2008). «Robin West, Jurisprudence and Gender: Defending a Radical Liberalism». *The University of Chicago Law Review* 75(8), pp. 985-96.

PAUTASSI, Laura. (2016). La complejidad de articular derechos: alimentación y cuidado. *Salud Colectiva*, Vol. 12, N° 4, pp. 621-34.

PAUTASSI, Laura y RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina (2022). La invisibilización social y política del cuidado en la política social, en *De Alfonsín a Macri. Democracia y política social en Argentina (1983- 2019)*, Gamallo G. (edit.). Buenos Aires: EUDEBA.

PÉREZ LLEDÓ, Juan. (1996). Teorías críticas del Derecho, en *El Derecho y la justicia*, E. G. Valdés y F. J. Laporta (edit.). Madrid: Trotta, pp. 87-102.

RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina (2015). Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad. *Nueva Sociedad*, N° 256, pp. 30-44.

RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina (2019). Trabajo de cuidados y trabajo asalariado: Desarmando nudos de reproducción de desigualdad. *Theomai*, N° 39, pp. 78-99.

RUIZ, Alicia E. C. (2013). *Teoría crítica del derecho y cuestiones de género*. Colección equidad de género y democracia, N° 6, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

WEST, Robin (1988). Jurisprudence and Gender. *Revista de la Facultad de Derecho de Chicago*, N° 55, pp. 1-72.

WEST, Robin (1999). *Caring for Justice*. NYU Press.

WEST, Robin (2000). *Género y teoría del derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre.

WEST, Robin (2011). *Normative Jurisprudence: An Introduction*, Cambridge University Press.

WEST, Robin (2019a). Introduction to the Research Handbook on Feminist Jurisprudence. *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*. Edward Elgar Publishing, pp. 1-22-

WEST, Robin (2019b). Relational Feminism and Law. *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*. Edward Elgar Publishing, pp. 65-72.

CAPÍTULO V

TOVE STANG DAHL: LA EMERSIÓN DEL DERECHO DE LAS MUJERES

María Victoria Schiro⁶⁵

Daniela Bardel⁶⁶

Mariana Brocca⁶⁷

Florencia Bronzovich⁶⁸

Constanza Díaz Baudry⁶⁹

I. La perspectiva teórica

1. Contexto histórico - político en el que se inserta la autora

Tove Stang Dahl nació el 9 noviembre de 1938 y falleció el 11 de febrero de 1993. Fue una jurista y criminóloga noruega, profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo desde 1988 hasta su muerte, y pionera de la denominada “jurisprudencia feminista”.

Facchi (2005) brinda elementos que aportan a la construcción del contexto en que la autora desarrolla su obra. Así, el trabajo de Stang Dahl se ads-

⁶⁵ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, IEJUS, Buenos Aires, Argentina.

⁶⁶ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CIEP, Buenos Aires, Argentina/ CONICET, Argentina.

⁶⁷ Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CEDH, Buenos Aires, Argentina/ CONICET, Argentina.

⁶⁸ Estudiante de la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina.

⁶⁹ Graduada de la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina.

cribe en un clima teórico que no considera al Derecho como una técnica exclusivamente masculina, sino que media una revalorización del Derecho y sus modalidades de intervención. La nueva ciencia jurídica se propone no sólo deconstruir categorías y normas, develando las implicancias escondidas; ya no se ocupa sólo de los campos de “primera intervención” (normativas que conciernen solo a mujeres, su cuerpo, sus derechos laborales) sino que extiende su mirada a todo el Derecho positivo, promoviendo una mirada alternativa y complementaria a la masculina, más no sustitutiva (Facchi, 2005).

Esta tendencia emergió en países donde la ciencia jurídica feminista ya se encontraba ampliamente elaborada y difundida, como Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Australia y, precisamente, los países escandinavos (Facchi, 2005). En estos últimos se destaca la labor de Stang Dahl, en su construcción de espacios académicos en esta línea, y en la producción científica surgida de éstos.

En el primer sentido, el tema del “Derecho de las mujeres”⁷⁰ fue reconocido como una disciplina jurídica autónoma por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo en 1974, siendo Stang Dahl una de sus fundadoras. Los primeros estudiantes llegaron en 1975. Desde entonces, la enseñanza y la investigación se han realizado regularmente en el Instituto de Derecho de la Mujer en el Departamento de Derecho Público e Internacional, que ella ha dirigido. La importancia de estos espacios de participación son puestos de resalto por la propia autora, quien entiende que la posibilidad de lograr la igualdad real y la liberación, es realista a partir de la entrada de mujeres en las Universidades como docentes, investigadoras y estudiantes, y con la apertura de las Universidades a las disciplinas con orientación crítica (Stang Dahl, 1987).

En materia de producción científica, en el año 1985 miembros del Instituto publicaron un libro en dos volúmenes sobre “Derecho de las mujeres” (Kvinnerett I-II), conteniendo los principales escritos de sus integrantes a través de los años. Los artículos de Stang Dahl que integraban tal obra, fueron luego traducidos al inglés, y resulta la obra base que llega a nuestras manos, que nos permite conocer el pensamiento de la autora y la escuela que integra: “Women’s Law An Introduction to Feminist Jurisprudence”, del año 1987. En la misma se propone el desarrollo de un “Derecho de las Mujeres”, haciendo especial énfasis en su desenvolvimiento como disciplina científica. Stang Dahl presupone que el Derecho no es masculino por estructura y vocación, lo es

⁷⁰ Cabe señalar que, como explica Cabedo Laborda (2023), en un principio el término fue el de *Woman’s Law* (es decir, en singular), lo cual fue modificado con los años gracias a las críticas realizadas por el feminismo negro que expusieron la falta de interseccionalidad de la noción de *mujer* como concepto universalizante.

solo porque fue elaborado por hombres. El movimiento feminista escandinavo ha sido siempre abierto hacia las instituciones públicas, con un rol positivo del Estado social y el Derecho como instrumento de transformación y apoyo hacia los más débiles (Facchi, 2005).

2. Elementos que aborda como Derecho

Para comprender la posición de Stang Dahl acerca del Derecho, cabe encuadrarla en un movimiento más amplio denominado realismo jurídico escandinavo. Conforme afirma Facchi, la posición sociológica del Derecho que se advierte en la autora abrevia en los enfoques de Torstein Eckhoff y Vilhelm Aubert (Facchi, 2005), quienes encabezaron el llamado Grupo de Sociología Jurídica de Oslo, y estuvieron estrechamente vinculados al realismo norteamericano. En este sentido, Stang Dahl refiere que la inspiración del realismo noruego y estadounidense de los años treinta ha dejado su huella, ante todo a través del interés de Torstein Eckhoff por lo empírico, particularmente en el estudio de la aplicación de las normas jurídicas y sus consecuencias. Vilhelm Aubert, asimismo, hace parte del realismo jurídico noruego, sosteniendo un realismo pragmático y utilitario, que nace de la necesidad de justificar el porqué del acatamiento del Derecho, conectado con la búsqueda de la función real y social del Derecho (Gil Lamuela, 2022). Eckhoff y Aubert desarrollaron una doctrina jurídica y una sociología del Derecho orientadas a las consecuencias, que fue de notoria influencia para los juristas contemporáneos a la autora.

En tal sentido, Stang Dahl parte de la idea que el Derecho sólo puede evaluarse adecuadamente si, además de comprender el texto de la ley y su intención, tiene una visión de las consecuencias de la ley para los individuos. Afirma la autora que, mientras vivamos en una sociedad donde hombres y mujeres tienen diferentes caminos en la vida, diferentes condiciones de vida, con diferentes necesidades y oportunidades, las normas legales necesariamente afectarán a hombres y mujeres de manera diferente. Y el silencio fortalece la desigualdad y la injusticia, independientemente de las intenciones de los legisladores. Por ello, es necesario examinar y comprender cómo se considera a las mujeres en el Derecho, y cómo la ley se corresponde con la realidad y las necesidades de las mujeres (Stang Dahl, 1987).

Stang Dahl afirma que ser mujer es un atributo personal al que sólo unas pocas normas atribuyen importancia jurídica según la legislación noruega. La legislación es totalmente neutral en cuanto al género. En consecuencia, los restos de discriminación sexual formal de épocas anteriores fueron prácticamente erradicados en el transcurso de las décadas de 1970/1980 (Stang Dahl,

1987). Pero sigue siendo necesario un “Derecho de las Mujeres”, en razón de que la igualdad ante la ley no excluye la práctica de discriminación. Esto es, las normas sobre igualdad de trato no se materializan, por sí solas, en igualdad o resultados justos. Por el contrario, afirma Stang Dahl que el camino de la igualdad exige desigualdades de tratamiento para dar a las partes o grupos débiles la oportunidad, en orden a la igualdad (Stang Dahl, 1987). En ese sentido, podemos entender que el concepto de igualdad que asume la autora se asemeja a una perspectiva de igualdad estructural, y no a la noción de igualdad como no discriminación. En esta línea, Saba advierte que la visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee herramientas suficientes para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. O sea, situaciones en que se realizan diferencias de hecho en el trato que reciben las personas y que derivan en exclusión o sometimiento sistemático, a pesar de la intención formal de la autoridad de no guiarse por principios arbitrarios. La idea de concebir la igualdad desde una perspectiva estructural, permite evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad (como es el caso de las mujeres) (Saba, 2016).

3. Énfasis en alguna rama jurídica

A lo largo del recorrido de su obra, Stang Dahl no hace énfasis en alguna rama jurídica en particular, al contrario, es clara al explicar que la perspectiva feminista va más allá de las ramas jurídicas en concreto, como el Derecho de Familia, de la Seguridad Social, el Derecho Laboral o Penal, sino que atraviesa todo el mundo del Derecho de igual manera (Stang Dahl, 1987).

La división del Derecho en ramas es esencial para algunas cuestiones, por ejemplo, a nivel pedagógico, para facilitar su estudio en la carrera de grado, o para realizar una especialización, y hasta para determinar la competencia de un Juzgado, entre otras⁷¹. Al respecto sostiene Ciuro Caldani: “El mundo jurídico es más fácilmente comprendido cuando se lo construye como un complejo en el que se diferencian distintas ramas diversificadas por particularidades sociológicas, normológicas y axiológicas que culminan en exigencias de justicia” (Ciuro Caldani, 2007: 13).

Sin embargo, la realidad nos demuestra que hay ciertos temas que son transversales a todo el mundo jurídico, y que merecen ser estudiados o analizados en todas y cada una de las ramas posibles. Éste es el caso de los temas relativos al género, la perspectiva feminista -como la llama la autora- es funda-

⁷¹ Ciuro Caldani (2007) hace un análisis acerca de las características de las ramas del Derecho, estableciendo que las mismas pueden contar con autonomía legislativa, judicial, administrativa, científica, docente y pedagógica.

mental ya que dota a las diversas fuentes del Derecho con un mayor contenido sustantivo, así como también ayuda a determinar lo que el Derecho es o debería ser (Stang Dahl, 1987).

Por esta razón, Stang Dahl no se dedica a analizar una rama jurídica en particular, sino a advertir que el “Derecho de las Mujeres” permea todo el ordenamiento jurídico a través de la creación de nuevos conceptos o interpretaciones. Así, intenta visibilizar la desigualdad existente entre el hombre y la mujer en diversos planos de la sociedad y cómo ello se traduce en el Derecho, introduciendo instituciones o conceptos que se vuelven fundamentales, tales como las licencias de maternidad, las tareas del hogar, las tareas de cuidado, entre otras (Stang Dahl, 1987).

Así es relevante destacar que la autora postula el desarrollo de un “Derecho de las Mujeres”, entendiendo al mismo fundamentalmente como el desarrollo de una disciplina científica, la cual tiene su origen justificado en la circunstancia que la igualdad formal ante la ley, no ha logrado excluir la práctica de la discriminación⁷². Como reflexiona Facio (2000) las leyes suelen ser más reflexivas que constitutivas de realidades sociales y generalmente siguen la huella de los lineamientos existentes del poder, y esto da lugar al nacimiento de la disciplina. Podríamos considerar entonces la “emersión” (Ciuro Caldani, 1996a) de la autonomía científica de la rama, la cual se manifiesta en la construcción de doctrina específica y en centros de investigación propios⁷³.

En este sentido, Stang Dahl (1987) hace foco en el desarrollo epistemológico y metodológico de la disciplina. En el primer aspecto, apunta que comprender la situación jurídica de las mujeres, en el sentido de encontrar conexiones y ver totalidades, es el objetivo epistemológico del “Derecho de las Mujeres”. En el segundo aspecto, resalta la necesidad de encontrar criterios sistemáticos para la delimitación y construcción de la disciplina. La compleja interacción entre la normatividad y la facticidad de las conductas, es lo que los/as investigadores deben comprender.

El desarrollo de la disciplina presenta sus propias complejidades, las cuales están vinculadas v.gr. a la amplitud y heterogeneidad del grupo “mujeres”; a la transversalidad del sujeto: así las mujeres pueden ser penadas, consumidoras, ancianas, pacientes, discapacitadas; en la ausencia de un criterio nor-

⁷² La autora tiene en cuenta también la relación entre la ciencia y la política, en particular, en los estudios feministas.

⁷³ Ciuro Caldani refiere “El reconocimiento de la complejidad pura del Derecho suele requerir la “emersión” de ramas jurídicas que permanecen “eclipsadas” por otras (...), pero a menudo solo requieren que su comprensión sea complementada con nuevas perspectivas” (Ciuro Caldani, 1996a: 73).

mativo para su delimitación (como sucede, por ejemplo, con la edad para el Derecho de la Niñez). No obstante, la disciplina puede encontrar su criterio unificador en colocar en el centro a las mujeres y mejorar su situación como grupo.

Ligadas a la mencionada autonomía científica, debemos señalar en relación otras dos autonomías que funcionan como anverso y reverso: la autonomía docente, entendida como el reconocimiento de un cuerpo de profesores/as abocados a la enseñanza de la rama y en la existencia de cátedras propias; y la pedagógica o educativa en relación a la especial formación que proporciona la disciplina en la preparación de los/as futuros/as abogados/as, en su capacidad para “abrir nuevas posibilidades de pensamiento” (Ciuro Caldani, 2019: 148)⁷⁴. Así, el desarrollo del “Derecho de las Mujeres” es un objetivo central de la obra en análisis, y va a desempeñar un rol definitorio en las funciones, en la estrategia jurídica y en los fundamentos del Derecho como se desarrollará a lo largo de este trabajo.

Sin perjuicio de ello, la autora dedica buena parte de su análisis a ramas jurídicas en particular, como es el caso del Derecho Laboral. Al respecto, sostiene que la principal consecuencia de la división sexual del trabajo es la brecha salarial existente entre hombres y mujeres, con sueldos mucho más bajos por parte de las mujeres, incluso cuando realizan las mismas tareas. Además, hay muchas profesiones en las que a las mujeres les resulta realmente complejo alcanzar puestos altos, los cuales suelen ser ocupados por hombres (Stang Dahl, 1987). Esto se relaciona con lo que se conoce como “techo de cristal”⁷⁵, que refiere a aquellos impedimentos u obstáculos que atraviesan las mujeres para poder avanzar en su carrera profesional. Las razones de este techo son múltiples, pero la mayoría de ellas se basan en concepciones estereotipadas acerca del rol laboral de la mujer, algunas de las cuales podemos mencionar: la creencia que la mujer ofrece menos capital humano, que tiene menos capacidad de dirección que los hombres, que están menos capacitadas, normas que favorecen a la contratación y ascenso de los hombres, una estructura social que le impide a las mujeres el acceso a las experiencias necesarias para poder crecer a nivel profesional, considerar como desfavorable las responsabilidades en el ámbito familiar que puedan llegar a asumir, entre otras (García Lago, 2006).

⁷⁴ Las tres autonomías descritas son clasificadas como “derivadas”, en contraposición a las autonomías “originarias”, caracterizadas desde la perspectiva del integrativismo trialista por rasgos particulares en las dimensiones normológica, sociológica y axiológica; manifestada en principios propios y con especificidades en lo legislativo, judicial y administrativo y en el desenvolvimiento de los particulares (Ciuro Caldani, 2019).

⁷⁵ Esta expresión fue utilizada por primera vez por Marilyn Loden en 1978. Para mayor información ver: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-42338736>

Otro de los temas que la autora estudia dentro del plano del Derecho Laboral, es el atinente al desempleo. Al respecto, cita la Constitución Noruega, la cual establece que el Estado tiene la obligación de crear condiciones para que toda aquella persona que sea capaz de trabajar, pueda ganarse la vida haciéndolo. Sin embargo, Stang Dahl sostiene que el derecho a un trabajo remunerado nunca se materializa para las mujeres, incluso cuando su mayor deseo sea trabajar. También aborda en gran medida lo que son las tareas de cuidado, y cómo ello afecta a la mujer en el plano laboral y económico, dada la falta de retribución por este tipo de actividades. Al respecto es clara, cuando sostiene que si el trabajo en casa proporcionara mayores derechos y estos derechos incluyeran el salario por el cuidado, algunos de los problemas que la autora discute en su obra se resolverían.

Todas estas cuestiones que pueden observarse en el plano social, son las que luego se ven reflejadas en las normativas. Tal y como menciona Mackinnon (1995) el Derecho siempre ha tomado el punto de vista masculino, legitimando la dominación del hombre hacia la mujer. En palabras de Stang Dahl (1987) la norma del hombre es la que se aplica en gran parte del mundo, entonces son sus opiniones, necesidades y conflictos los que se codifican. Como veremos más adelante, esto se vincula con una de las funciones del Derecho, específicamente la función de legitimación del poder, la cual en términos de Arnaud y Fariñas Dulce conlleva que el derecho sea una herramienta para “legitimar las decisiones de quienes tienen capacidad y poder para tomarlas, los cuales buscan en el Derecho, precisamente, la justificación, la legitimidad, la aceptación y el consenso en torno a ellas” (Arnaud y Fariñas Dulce, 1996: 136).

4. Función que le otorga al Derecho

En relación a las funciones que la autora le otorga al Derecho, entendemos que es posible interpretarlas desde varias categorías, entre las que destacamos la función paradójica planteada por Cárcova (1988); la función de cambios en las conductas; las funciones indirectas conforme a la terminología de Raz (1985); la de legitimación de las acciones (Arnaud y Fariñas Dulce, 1996) y, finalmente, la función distributiva, en especial, cuando aborda las cuestiones propia de la disciplina del “Derecho de las Mujeres”.

En primer lugar, consideramos que la autora ve en el Derecho una posibilidad “emancipadora” para la mujer, y por ello, sostiene su tesis sobre desarrollar un “Derecho de las Mujeres”, partiendo del presupuesto ya mencionado, que la igualdad ante la ley que se había alcanzado, esto es, la eliminación de la discriminación en razón del sexo, no es suficiente para excluir las prácticas de

discriminación. Por ello, sostiene que las normas sobre igualdad de trato no se materializan, por sí mismas, en resultados iguales o justos (Stang Dahl, 1987). Así, se inscribe en una postura menos radical que aquellas feministas que sostienen un compromiso sustancial del Derecho con un modo de ser y de pensar masculino, como sostiene MacKinnon, entendiendo que los componentes discriminatorios que se dan en los sistemas jurídicos responden a la circunstancia histórica de elaboración de las normas por los hombres, y en consecuencia, que las mismas recogen sus experiencias e intereses (García Amado, 1992).

En este entendimiento parte de considerar que la ley refleja la realidad tanto de hombres como de mujeres desde el punto de vista masculino, siendo el Derecho parte de la hegemonía cultural que los hombres tienen en la sociedad, y en este sentido, la hegemonía cultural significa que la forma especial de un grupo de ver la realidad social es aceptada como normal y como parte del orden natural de las cosas. Por tanto, el Derecho contribuye a mantener la posición del grupo dominante masculino (Stang Dahl, 1987). Es dable interpretar entonces que el Derecho en “manos del punto de vista de los hombres” funciona para mantener sus privilegios y el *status quo*, propio del grupo privilegiado. Pero, al mismo tiempo, considera que el Derecho es un terreno fértil para el cultivo de normas que puedan sentar las bases para cambios significativos, incluida la relación entre los dos sexos, advirtiéndose la posibilidad del uso del Derecho para la emancipación femenina, con lo cual arribamos al análisis de la función paradójica expuesta por Cárcova (1988)⁷⁶.

Para lograr el sentido de modificación del *status quo*, conforme a Stang Dahl y a su concepción del Derecho ya descrita, es necesario conocer la estructura y los efectos de las normas jurídicas, a cuyo fin le otorga un lugar preponderante a los valores, tanto para la evaluación de la legislación existente, como para la estructura y metodología del “Derecho de las Mujeres” e incluso como indicadores ideales de reforma (a todo lo cual la autora le dedica el capítulo quinto de su obra). Stang Dahl parte de los valores de justicia y libertad y desarrolla los valores de dignidad e integridad, los cuales sientan las bases para la autodeterminación y la autorrealización (en sentido individual y “colectivo”). En vínculo con la política, afirma que el “Derecho de las Mujeres” desde la política feminista le permiten llevarlo más allá de la mera crítica negativa -el

⁷⁶ El autor situado desde la teoría crítica desarrolla la función paradójica del Derecho, la cual procura dar cuenta de la relación entre el Derecho y el poder. Señala el autor: “El Derecho, en los sustancial, [tiene] un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol en la remoción y transformación de tales relaciones, cumple a la vez, una función conservadora y reformadora. Esta aparente contradicción se resuelve en la medida que se rescata para el análisis, el papel de la ideología y una concepción relacionista del poder” (Cárcova, 1988: 57).

Derecho crítico- hacia una construcción positiva de otro Derecho (“jurisprudencia alternativa”). Para Stang Dahl, esta debería consistir en una construcción teórica, junto con propuestas y estrategias para reformas en la sociedad (Stang Dahl, 1987).

La autora en análisis plantea como un problema el hecho que las legislaciones “vayan por delante” del desarrollo de la sociedad, y de esta manera creen una brecha idealista entre la realidad de la sociedad y la norma jurídica. Esta premisa podemos vincularla con la función de cambios en las conductas. Como recuerda Atienza, la misma plantea la “controversia entre quienes creen que el Derecho debe, esencialmente, seguir, y no guiar, y que debe hacerlo con lentitud, en respuesta a un sentimiento social claramente formulado, y quienes creen que debe ser un agente decidido en la creación de nuevas normas” (Friedmann citado en Atienza, 2000: 75).

La última fue la postura de Bentham, la primera está vinculada a Savigny y la Escuela Histórica (Atienza, 2000). En la actualidad, la cuestión se plantea, en otros términos: se acepta que el Derecho puede contribuir a cambiar la sociedad, pero se sabe también que la posibilidad de introducir cambios de esta manera tiene sus límites (Atienza, 2000). Al ser el Derecho actual un derecho en constante transformación, se vuelven relevantes las funciones directas secundarias de Raz (1985) las cuales indican cómo se producen las modificaciones normativas⁷⁷. En este punto nos interesa destacar, las “nuevas vías” de incidencia en la creación del Derecho, v.gr. a través de los *amicus curiae* que han sido estudiados como parte de las reivindicaciones feministas (Sáenz, 2020); o la participación en audiencias públicas, etc. Conforme a Atienza caben entonces dos líneas de análisis, la de los cambios jurídicos producidos por cambios sociales; y los cambios sociales provocados por cambios en el Derecho (Atienza, 2000: 75). Así el Derecho puede cumplir una función “anticipatoria” con respecto a las normas y los valores predominantes en la sociedad.

En vínculo con esta función “anticipatoria”, podemos relacionar lo afirmado por Stang Dahl (1987) en torno a que la ley también pretende influir en las actitudes hacia los roles sexuales, cuestión que entendemos se vincula con las funciones indirectas en la terminología de Raz⁷⁸. Si bien este aspecto

⁷⁷ Conforme a Raz las funciones directas son aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el Derecho. Dentro de estas, las primarias afectan a la población en general; y las funciones secundarias son las de mantenimiento del sistema jurídico: hacen posible su existencia y continuidad (Raz, 1985). El autor desarrolla dos funciones secundarias: la determinación de procedimientos para cambiar el Derecho; y la regulación del funcionamiento de los órganos aplicadores del Derecho (Raz, 1985).

⁷⁸ Para Raz las funciones indirectas “son aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento; no constituyen obediencia o aplicación de

luego no es precisado por la autora, si destacamos su mención dada la relevancia que puede tener en el tema en estudio.

Otra cuestión que la autora plantea en relación al “Derecho de las Mujeres” está en torno a la “juridificación” de nuevas áreas o temas que deben surgir de los vacíos legales y “someterse al escrutinio” de la ley. Estos casos son, especialmente los relacionados con el trabajo y los cuidados en el ámbito de la vida privada. “Convertir estas cuestiones en cuestiones legales podría tener varias consecuencias más allá de la mejora inmediata en la posición de las mujeres” (Stang Dahl, 1987: 15), entre ellas, la relación familia y Estado y la distinción entre lo público y lo privado. Desde la perspectiva de nuestro análisis podemos vincularlo con la función de legitimación del poder social que plantean Arnaud y Fariñas Dulce (1996)⁷⁹.

Situados específicamente en el “Derecho de las Mujeres” y en relación a los “casos” o “problemas” que la autora reconoce como núcleo del mismo, entendemos que está presente la función distributiva, tanto de recursos materiales como simbólicos⁸⁰. La distribución del dinero puede analizarse tanto en el trabajo en el hogar, como así también el trabajo asalariado en general. Esto se vincula, por ejemplo, con normas del Derecho de las Familias (las cuestiones patrimoniales del matrimonio o las uniones convivenciales, la responsabilidad parental); el Derecho de la Seguridad Social (*a priori* con diferentes niveles de desarrollo entre Noruega y Argentina), el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo (en lo relativo al empleo público).

5. Estrategia jurídica

La estrategia principal propuesta por Stang Dahl (1987) es la de alcanzar la igualdad de género utilizando al Derecho como herramienta de cambio. Esto se encuadra en el desarrollo de los *Woman's Studies* noruegos, gracias a los

disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación [...]. Las pretendidas funciones indirectas de las disposiciones jurídicas son aquellos resultados que las disposiciones jurídicas tienen la intención de alcanzar, sean o no efectivamente logrados” (Raz, 1985: 212).

⁷⁹ Conforme a los autores el Derecho puede servir para legitimar las acciones de quienes tienen capacidad y poder para tomarlas, los cuales buscan en el Derecho la justificación, la legitimidad, la aceptación y el consenso en torno a ellas. En sentido amplio, esta función no solo comprende a las autoridades, sino también a las acciones de los/as individuos. Así, se procura la legitimación de las personas que emiten mensajes jurídicos a través de normas de competencia y procedimentales; y de las acciones de los destinatarios de los mensajes jurídicos (Arnaud y Fariñas Dulce, 1996: 136-137).

⁸⁰ Sobre la función de proveer servicios y redistribuir bienes puede verse Raz (1985) y Moreso y Vilajasona (2004).

cuales se impulsó la incorporación de una rama específica bajo la denominación del Derecho de las Mujeres (*Women's Law*) (Beltrán, 2008) -a la que hemos venido haciendo referencia-. Se plantea entonces la articulación entre el ámbito jurídico (en particular, el universitario) con las distintas órbitas del Estado que puedan aplicar acciones que respondan a los problemas identificados por aquella disciplina.

La autora, de este modo, hace referencia al “Derecho de las Mujeres” en sintonía con los logros alcanzados en el terreno universitario de Noruega. En efecto, como relatáramos, en 1974 la Facultad de Derecho incorporó un curso específico sobre el Derecho de las Mujeres y, para 1978, el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Oslo implementó también una sección específica sobre la jurisprudencia en materia de género (*women's jurisprudence*). Gracias a estos avances, y al uso sistemático de la perspectiva de género en el mundo jurídico, se tuvo un impacto notable en las políticas públicas estatales (Pedersen, 1996). En palabras de Alda Facio,

“En Noruega, donde el Derecho de la Mujer fue desarrollado antes que en ningún otro país, se explica el nacimiento de esta nueva rama del Derecho como una evolución lógica y necesaria. Una evolución que va desde un Derecho centrado en la propiedad privada, el comercio y el Estado, a uno que incluye los problemas cotidianos de la gente y que tiene como objetivo a la persona humana en sus diferentes facetas y realidades. Es un Derecho centrado en la persona humana en vez de en las cosas, como son o podrían ser el Derecho sobre la niñez, del consumidor, del estudiantado, de la ancianidad, de las personas privadas de libertad, del magisterio, de las personas asalariadas, de las víctimas de crímenes, de las personas con discapacidad, de los pueblos indígenas, etc [.]” (Facio, 2000: 38).

Así las cosas, este “Derecho de las Mujeres” se concibe, bajo la óptica de Stang Dahl (1987), con el objetivo de reducir y finalmente eliminar la discriminación de género presente tanto en las normativas como en los fundamentos del derecho tradicional masculino. La fundamentación, en simples palabras, radica en que la igualdad ante la ley, sobre la cual se fundamenta el Derecho masculino, no fue suficiente para prevenir la discriminación; por lo tanto, resulta necesaria la creación de una disciplina que tenga como objetivo central la igualdad entre varones y mujeres desde su concepción (Facio, 2000). En otros términos, “es necesario desarrollar toda una disciplina que tenga como meta y no como supuesto de partida, la igualdad de hombres y mujeres” (Facio, 2000: 38).

Stang Dahl (1987) argumenta que, desde esta disciplina, debe analizarse el impacto que tiene el Derecho en las personas, más allá de que la norma, en sí, pueda no parecer discriminatoria. De esta manera, se logra que el estudio del Derecho (desde una perspectiva feminista, aplicada de manera sistemática) exponga cómo introduce a las mujeres y, también, cómo opera en la realidad en torno a sus necesidades específicas. Si bien reconoce que esta idea puede ser objeto de crítica por plantear, *prima facie*, la mirada unilateral desde la perspectiva de las mujeres, expone que, en verdad, es el Derecho en sí el que está basado en la mirada subjetiva de los varones.

Esta rama es planteada en términos superadores a todas las preexistentes en el Derecho tradicional. Ello se debe a que, como indica Stang Dahl (1987), el “Derecho de las Mujeres” no está limitado por ninguna perspectiva formal aparte del enfoque de género. Con ello, esta disciplina trasciende las divisiones entre el Derecho Privado y Público, así como entre todas las áreas del Derecho, reflejando cómo la identidad de la mujer se construye a través de una compleja red de relaciones que abarcan desde lo más íntimo hasta lo más público (Facio, 2000). Debido a esto, Stang Dahl (1987) plantea dos objetivos principales dentro del Derecho de las Mujeres:

- Analizar el Derecho vigente desde una perspectiva feminista, para poder identificar el impacto diferenciado que tiene en las mujeres y, así, poder tomar acciones conocidas como medidas de acción afirmativa;
- Determinar si nuevas áreas y asuntos – que permanecen fuera del mundo jurídico – deben ser incorporados al ordenamiento normativo.

Esto permite cuestionar temas centrales que, bajo la mirada de los varones, no son relevantes, pero que sí poseen un impacto diferenciado en las mujeres. Un claro ejemplo gira en torno al trabajo reproductivo (mencionado *supra*) que es realizado mayoritariamente dentro de los hogares. En efecto, las principales proveedoras del trabajo no remunerado son las mujeres, lo cual acarrea graves consecuencias tanto en el ejercicio de sus derechos como en el acceso a una plena ciudadanía; sin embargo, esta cuestión ha quedado por fuera de la órbita del Derecho toda vez que, desde un enfoque androcéntrico, no constituye un conflicto a ser regulado. Así, el “Derecho de las Mujeres”, al romper con el esquema tradicional entre lo público y lo privado permite avanzar en espacios donde se gesta y reproduce la desigualdad entre varones y mujeres como lo es la división sexual del trabajo.

Es cierto que el “Derecho de las Mujeres” puede asemejarse a otras disciplinas centradas en la persona. Empero, tiene una característica distintiva: abarca un amplio y complejo segmento de la población femenina, que incluye

mujeres de todas las edades, clases sociales, razas, etnias, capacidades, nacionalidades, situaciones migratorias, orientaciones sexuales. Por lo tanto, esta rama se entrelaza con todas las demás disciplinas jurídicas mientras las moldea a su vez. Esto amplía significativamente su alcance en comparación con otras disciplinas que también se enfocan en la persona humana (Facio, 2000).

Ahora bien, esta propuesta no es sólo disruptiva en tanto a la concepción del Derecho en sí, sino que también plantea desafíos en términos de construcción y contenido, ya que las mujeres ocupan roles diversos en la sociedad. Por lo tanto, el “Derecho de las Mujeres” exige un enfoque pedagógico diferente que fomente el pensamiento crítico, la conciencia de los prejuicios, la implicación activa en los casos y la solidaridad entre los/as estudiantes (Facio, 2000). En este punto, puede realizarse una conexión directa con los métodos legales desarrollados por Katharine Bartlett (2008) que introducen a la pregunta por la mujer, el razonamiento práctico feminista y el aumento de conciencia que permiten visibilizar las experiencias de las mujeres que los métodos legales tradicionales dejan de lado.

6. Fundamento del Derecho

Si pensamos a los sistemas normativos como técnicas de motivación de conductas, tales técnicas son simplemente instrumentos para alcanzar algún tipo de objetivos que se consideran valiosos por parte de la sociedad en su conjunto o de algún grupo en particular (Moreso y Vilajosana, 2004). Situados en este análisis instrumental a una exigencia axiológica, en cuanto al “Derecho de las Mujeres” la autora le reconoce el propósito de describir, explicar y comprender la posición jurídica de la mujer, con el objetivo específico de mejorar su posición en el Derecho y en la sociedad (Dahl, 1987: 17). Podríamos considerar así este objetivo, como el “centro crítico” de la disciplina, es decir, aquella particular exigencia de justicia que justifica el surgimiento de la misma (Ciuro Caldani, 1996b).

II. La perspectiva didáctica

Desde la propuesta en estudio, resaltamos las siguientes nociones que consideramos poseen valor formativo para los/as futuros/as abogados/as.

a) Distinción entre “Derecho en los libros” y “Derecho en acción” que desarrollaron los realistas norteamericanos en los años 30 y que la autora retoma, como distinción necesaria en la investigación jurídica feminista para tener presente el plano normativo y el plano fáctico. Lo mismo resulta relevante, si

-tal como a Stang Dahl le preocupa a lo largo de su obra-, puede haber un desajuste entre la teleología del plano prescriptivo normativo y las consecuencias en el plano de la vida de las personas. La distinción así, entre teoría y acción parece ser una herramienta útil en la formación de los/as estudiantes, la cual se puede vincular con las nociones de la Teoría Trialista vinculadas, de un lado a las categorías de fuentes (propaganda, mero espectáculo) en tanto atienden a su relación con el cumplimiento⁸¹; así como, de una manera más amplia con la propia idea de exactitud (o eficacia). Desde el plano de la producción normativa o de una teoría de la legislación, esto se puede pensar desde la racionalidad pragmática y teleológica postuladas por Atienza (1989)⁸².

b) Fuerte vinculación con la perspectiva empírica del Derecho, tanto en el reconocimiento de problemas y en la metodología a implementar para su abordaje. Así como también en el funcionamiento normativo en la tarea de aplicación de las normas jurídicas; y la atención por sus consecuencias. Se puede incluir aquí también el recurso al funcionamiento conjetural de las normatividades⁸³. En su análisis, como hemos relatado, la autora no sólo postula considerar el texto de la ley y su intención, sino también las consecuencias concretas para la vida de los individuos.

III.- Conclusiones

A modo de conclusión podemos señalar que la obra de Tove Stang Dahl “Women’s Law An Introduction to Feminist Jurisprudence”, del año 1987, está situada específicamente en el campo jurídico, siendo su principal argumento la necesidad de desarrollo del “Derecho de las Mujeres” como disciplina científica jurídica. La autora se enrola en la corriente del realismo jurídico escandinavo, lo cual, hace que su objeto de estudio sea analizado desde un prisma empírico: de aquí que ella identifique como la causa de justificación de la disciplina que propone, el desajuste que pueda presentarse entre el texto y la

⁸¹ Las fuentes propaganda son aquellas que pretenden producir opinión para ser cumplidas; mientras que las que se dictan con la sola voluntad de aparentar son espectáculo (Ciuro Caldani, 2019).

⁸² El autor plantea cinco tipos de racionalidades: la lingüística (en cuanto el emisor debe ser capaz de transmitir con fluidez el mensaje); la jurídico-formal (la nueva ley debe insertarse armónicamente en el sistema jurídico); la pragmática (la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a los prescripto en la ley); la teleológica (la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos); y la ética (las conductas prescriptas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética) (Atienza, 1989).

⁸³ Como señala Ciuro Caldani (2000) paralelamente al funcionamiento “real” existe un funcionamiento conjetural. En este, las personas estiman que si los casos fueran planteados con miras a una solución real se resolverían de determinadas maneras y obran en consecuencia.

intención de la ley (la normatividad) y las consecuencias para los individuos (la facticidad) en el Derecho. Esto lleva a que el punto de inicio sea la premisa de que la igualdad de trato formal no se materializa necesariamente en igualdad material o resultados justos.

En términos de ramas jurídicas, la autora no se sitúa en alguna en particular, sino que lleva adelante una revisión de las que contienen casos y soluciones que pueden presentar situaciones de desigualdad para las mujeres, postulando la necesidad de atravesar con la “perspectiva feminista” de manera sistemática a todo el mundo jurídico. Para ello, pone especial énfasis en el desarrollo del “Derecho de las Mujeres”, desde la perspectiva del desarrollo científico de la disciplina, con sus particularidades epistemológicas y metodológicas; y en relación a la misma las autonomías docentes y pedagógicas: con el reto de la formación de profesores/as y la implementación de una didáctica enfocada a introducir en la enseñanza jurídica la pregunta por la mujer y visibilizar sus experiencias.

La especial exigencia de justicia de la disciplina estaría dada por la mejora de la situación del grupo “mujeres”. Sin perjuicio de ello, la autora tiene presente las dificultades que presenta esta situación, en tanto, el segmento protegido es un grupo cuantitativamente muy extenso e internamente muy heterogéneo; además de la transversalidad que acompaña a la categoría mujer (así, mujer anciana, paciente, discapacitada, privada de la libertad, consumidora, etc.); sumado a la ausencia de una característica definitoria reglamentada normativamente (como sucede, v.gr. con la edad para delimitar la situación de niñez).

Interpretamos que Stangh Dahl propone entonces el desarrollo del “Derecho de las Mujeres” para llevar adelante diferentes funciones del Derecho, como la de emancipar al grupo, modificar conductas, legitimar acciones, distribuir recursos, etc. Al mismo tiempo, podemos entender que la autora propone una estrategia jurídica, es decir, busca un objetivo a alcanzar cuál es la igualdad de género utilizando al Derecho como un instrumento para tal fin. Finalmente, en relación a los constructos teóricos, podemos concluir que dado los propósitos que la autora atribuye al “Derecho de las Mujeres” de describir, explicar y comprender la posición jurídica de la mujer en el Derecho y en la sociedad, la disciplina se fundamenta por situar en el centro a la persona y procurar la mejora de la situación de las mujeres.

Desde la perspectiva didáctica, resaltamos el valor de la distinción entre “Derecho en los libros” y “Derecho en acción” y la fuerte vinculación con la perspectiva empírica del Derecho, herramientas que se consideran constructivas para la formación de profesionales comprometidos con los problemas

concretos de las personas en las sociedades en las que van a desempeñar su labor como abogados/as.

Referencias bibliográficas

ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, María José (1996). *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.

ATIENZA, Manuel (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 6, pp. 385-403.

ATIENZA, Manuel (2000). *Introducción al Derecho*. México: Fontamara.

BARTLETT, Katharine (1989). Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, N° 103, pp. 829-888.

BELTRÁN, Elena (2008). Los avatares de la igualdad en las Facultades de Derecho. *RJUAM*, N° 17, pp. 35-47.

CABEDO LABORDA (2023). La aplicación de la teoría jurídica feminista como elemento básico para la consecución de la agenda feminista. *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, N° 18, pp. 220-235.

CÁRCOVA, Carlos (1988). Acerca de las funciones del Derecho, *Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas*, pp. 47-58. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3007/2809>

CIURO CALDANI, Miguel A. (2007). Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo. *Investigación y Docencia*, N° 40, pp.113-119.

CIURO CALDANI, Miguel A. (2000). *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas- Metodología jurídica*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

CIURO CALDANI, Miguel A. (2019). *Una teoría trialista del mundo jurídico*. Rosario: FDER edita.

CIURO CALDANI, Miguel A. (1996a). Notas de la disertación de apertura “eclipse” y “emersión” de las ramas jurídicas. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 21, pp. 91-95.

CIURO CALDANI, Miguel A. (1996b). Las ramas del mundo jurídico, sus centros y sus esferas críticas, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 21, pp. 73-74.

CUETO RÚA, Julio (1988). El “Common Law”. *Revista Notarial*, Vol. 2, N° 56, pp. 1-30.

FACCHI, Alessandra (2005). El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 3, N° 6, pp. 27-47.

FACIO, Alda (2000). Hacia otra teoría crítica del Derecho, en *Las fisuras del patriarcado*, Gioconda Herrera (ed.), FLACSO, pp. 15-44.

GARCÍA AMADO, Juan (1992). ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, pp. 13-42.

GARCIA LAGO, Virginia. (2006). La desigualdad laboral entre hombres y mujeres. *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, N° 5, pp. 9-13.

GIL LAMUELA, Diana (2022). La sociedad oculta. El realismo jurídico pragmático de Vilhelm Aubert. *Revista de Derecho Aragonés*, XXVIII, pp. 167-190.

GOLDSCHMIDT, Werner (2005). *Introducción filosófica al derecho*, 6ta. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis.

MACKINNON, Catharine (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Ediciones Cátedra.

MORESO, José y VILAJOSANA, Josep (2004). *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

PEDERSEN, Tove Beate (1996). Women’s Studies in Norway. *Women’s Studies Quarterly*. Vol. 24, N° 1/2, pp. 343-350.

RAZ, Joseph (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre filosofía y moral*. México: UNAM.

SABA, Roberto (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley*. Buenos Aires: S.XXI Editores.

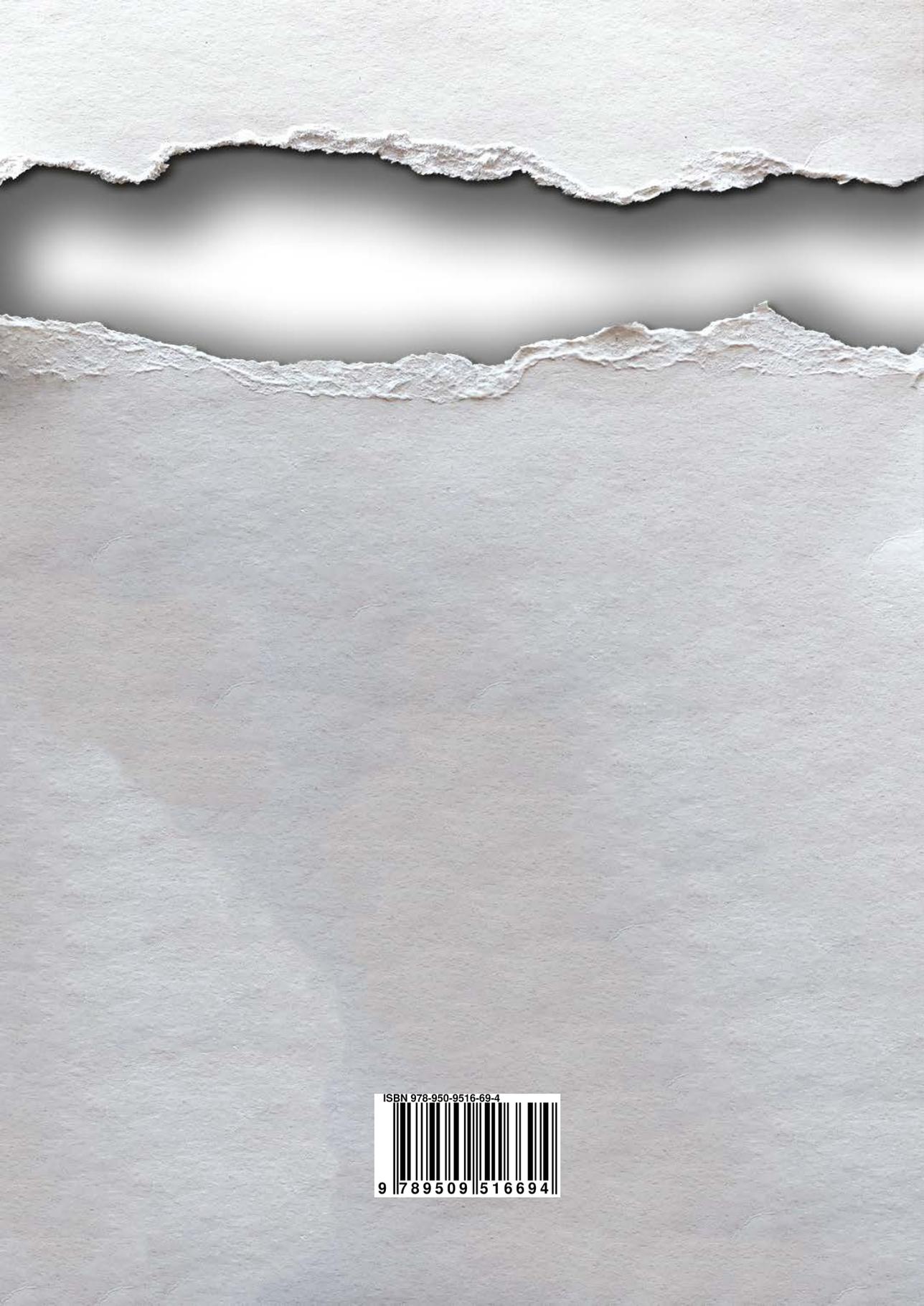
SÁENZ, M. Jimena (2020). Los amici curiae como “método legal feminista”: una exploración de sus potencialidades en casos de violencia de género en el

contexto argentino. *Revista Direito e Práxis*, Vol. 11, N° 3, pp. 1700-1726.

STANG DAHL, Tove (1987). *Women's Law An Introduction to Feminist Jurisprudence*. Translated by Ronald L. Craig. Oslo: Norwegian University Press.

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| Prólogo | 7 |
| Introducción | 11 |
| Capítulo I: Susan Moller Okin, la familia como objeto de la justicia | 23 |
| Capítulo II: Ética del cuidado de Carol Gilligan y su intersección con el derecho | 45 |
| Capítulo III: El poder y el derecho, la mirada de Mackinnon al mundo jurídico | 61 |
| Capítulo IV: Género y teoría del derecho en el pensamiento de Robin West | 81 |
| Capítulo V: Tove Stang Dahl, la emersión del derecho de las mujeres | 103 |



ISBN 978-950-9516-69-4



9 789509 516694