

**H**acia una teoría feminista del Estado presenta un exhaustivo análisis sobre política, sexualidad y ley desde la perspectiva de las mujeres. Utilizando el debate sobre marxismo y feminismo como punto de partida, Catharine MacKinnon desarrolla una teoría del género centrada en la subordinación sexual y la aplica al Estado.

Esta obra comienza con las respectivas afirmaciones del marxismo y del feminismo cuando analizan la desigualdad como tal, a continuación reconstruye el feminismo en el campo epistemológico a través de la sexualidad como algo básico para la situación de la mujer y termina estudiando el poder institucional del Estado en el terreno más particular de la interpretación social de la mujer y el tratamiento que le da la ley.

El resultado es una crítica bien fundamentada sobre la desigualdad y una visión transformadora dirigida al cambio social.

- Ediciones Cátedra
- Universitat de València
- Instituto de la Mujer 

UNIVERSIDAD DE CHILE



3 5601 15870 3896

0164027

27

HACIA UNA TEORÍA FEMINISTA DEL ESTADO

MAC KINNON

CÁTEDRA



305.42  
158ht  
1995  
.1

Catharine A. MacKinnon

## Hacia una teoría feminista del Estado



FEMINISMOS



12

## Igualdad entre los sexos: diferencia y dominación

Sólo hay una cosa de la que no podemos decir que mide un metro de largo ni que no mide un metro de largo: es el patrón del Metro de París.

LUDWIG WITTGENSTEIN

El hombre es la medida del hombre.

PITÁGORAS

Los hombres se consideran superiores a las mujeres, pero mezclan con esto la idea de igualdad entre hombres y mujeres. Es muy curioso.

JEAN-PAUL SARTRE

La desigualdad por razón de sexo define y sitúa a las mujeres como mujeres. Si los sexos fueran iguales, las mujeres no estarían sometidas sexualmente. Si la fuerza en el sexo fuera excepcional, el consentimiento al sexo sería real y común, y se creería a las mujeres sexualmente violadas. Si los sexos fueran iguales, las mujeres no estarían económicamente sometidas, no se cultivarían su desesperación y su



marginalidad, no se explotaría sexual ni económicamente su dependencia forzada. Las mujeres tendrían expresión, intimidad, autoridad, respeto y más recursos de los que tienen ahora. La violación y la pornografía se reconocerían como violaciones, y el aborto sería infrecuente y estaría verdaderamente garantizado.

En los Estados Unidos se reconoce que el Estado es capitalista, pero no se reconoce que es masculino. La ley de la igualdad entre los sexos, constitucional por interpretación y legal de broma, estalla a través de esta fisura, descubriendo la igualdad entre los sexos que el Estado pretende garantizar<sup>1</sup>. Si la jerarquía genérica y la sexualidad son recíprocamente constituyentes —la jerarquía genérica proporciona el erotismo de la sexualidad y la sexualidad proporciona el mecanismo de aplicación del dominio masculino sobre las mujeres— un Estado masculino lógicamente no haría actos de dominio sexual justiciables como desigualdad entre los géneros. La igualdad se mantendría tan alejada de la sexualidad como fuera posible. De hecho, la fuerza sexual convencionalmente no está reconocida como capaz de plantear cuestiones de desigualdad entre los sexos, ni contra quienes cometen los actos ni contra el Estado que los condona. La sexualidad está regulada en buena medida por el derecho penal, en ocasiones por el criminal, en ningún caso por razones de igualdad<sup>2</sup>. El control de la reproducción, de forma

<sup>1</sup> La desigualdad sexual se declaró inconstitucional por primera vez por una interpretación de la cláusula de igualdad de protección de la Decimocuarta Enmienda en 1971. *Reed v. Reed* (1971). Cuando se debatió sobre el capítulo VII de la Ley de derechos civiles de 1964, los congresistas racistas del sur se opusieron a las disposiciones sobre discriminación racial añadiendo el «sexo» a las bases prohibidas. Su *reductio ad absurdum* fracasó; *Congressional Record*, 8 de febrero de 1964, página 2577. Véase también *Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co.* (1975).

<sup>2</sup> La ley del acoso sexual, reconocida hace poco tiempo en la ley de igualdad entre los sexos, es una excepción, conseguida llevando a la práctica el análisis que se argumenta en este libro. Véase Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (New Haven: Yale University Press, 1979). Los casos de

similar, se ha juzgado básicamente como cuestión de intimidad. Es como si un límite de vacío estableciera una demarcación entre las cuestiones sexuales por un lado y la ley de la igualdad por otro. La ley, estructuralmente, adopta el punto de vista masculino: la sexualidad tiene que ver con la naturaleza, no con la arbitrariedad social; con las relaciones interpersonales, no con la distribución social del poder; con la diferencia de los sexos, no con la discriminación sexual.

La ley de la discriminación sexual, con una teoría moral básica, ve la igualdad y el género como cuestiones de identidad y de diferencia. De acuerdo con este enfoque, que ha dominado la política, el derecho y la percepción social, la igualdad es una equivalencia, no una distinción, y el género es una distinción, no una equivalencia. El mandato legal de igualdad de tratamiento —norma sistémica y doctrina legal específica— se convierte en una cuestión de tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales, mientras que los sexos se definen socialmente como tales por su mutua diferenciación. Es decir, el género se construye socialmente como diferencia epistemológicamente, y la ley de la discriminación sexual une la igualdad genérica a través de la diferencia doctrinalmente. Socialmente se distingue a una mujer de un hombre por la diferencia entre ellos, pero se reconoce legalmente discriminada a la mujer por el sexo sólo cuando primero puede decirse de ella que es igual al hombre. Así se crea una tensión interna entre este concepto de igualdad, que presupone la identidad, y este concepto de sexo, que presupone la diferencia. La diferencia define el enfoque del Estado de la igualdad de los sexos epistemológica y doctrinalmente. La igualdad entre los sexos se convierte en una contradicción en los términos, una especie de oximoron. Las cuestiones más profundas de la desigualdad entre los

igualdad entre los sexos que se ocupan de cuestiones sexuales como la violación (*Michael M. v. Superior Court of Sonoma County* [1981]; *Dothard v. Rawlinson* [1977]) lo hacen el contexto de establecer las líneas de los géneros.

sexos, en las que los sexos más se construyen como socialmente diferentes, quedan bien excluidas en el umbral o se impide su cobertura una vez están incluidas. De esta forma, la diferencia se inscribe en la sociedad como el significado del género y se escribe en la ley como el límite de la discriminación sexual.

En la ley de la discriminación sexual, la desigualdad entre los sexos en la vida se convierte en la «clasificación sexual» del derecho, estando cada categoría definida por su diferencia en relación con la otra. Una clasificación en la ley o de hecho es o no es una discriminación basada en el sexo dependiendo de la exactitud de su «encaje»<sup>3</sup> con el género y de la validez de su propósito para el gobierno o los negocios. Una clasificación, en la formulación clásica de la prueba de «relación racional», «ha de ser razonable, no arbitraria, y ha de basarse en una razón de diferencia que tenga una relación justa y sustancial con el objeto de la legislación, de forma que todas las personas en circunstancias similares serán tratadas de la misma forma»<sup>4</sup>. Bajo el artículo de igualdad de protección de la Decimocuarta Enmienda, la línea que dibuja una norma o una práctica que se pone en duda por discriminatoria es necesaria para seguir más de cerca la línea del género. Para ser no discriminatoria, la relación entre el género y los objetivos propios de la línea debe ser más que racional pero no necesita ser perfecta. En lo que se ha denominado «examen intermedio» —un patrón judicial para las mujeres sólo— las líneas del género se examinan más atentamente que la mayoría, pero no tan estrictamente como algunas<sup>5</sup>. No se prohíben absolutamente, como se habría hecho con la interpretación dominante de la Enmienda para la Igualdad de Derechos

<sup>3</sup> J. Tussman y J. tenBroek, «The Equal Protection of the Laws», 37 *California Law Review* 341 (1949) fueron los primeros en utilizar este término para definir la relación necesaria entre una regla de igualdad válida y el mundo al que hace referencia.

<sup>4</sup> *Royster Guano Co. v. Virginia* (1920).

<sup>5</sup> *Craig v. Boren* (1976).

(EID)<sup>6</sup>. Vista en este continuo doctrinal, que examina la correlación entre las líneas del género y los propósitos de trazar tales líneas, la EID no fue un nuevo punto de partida sino una propuesta para llevar a su conclusión el enfoque estándar de igualdad de protección.

La igualdad es comparativa en la ley de la discriminación. El sexo en la ley se compara con el sexo en la vida, y a las mujeres se las compara con los hombres. La similitud empírica relevante con los hombres es la base para la exigencia de la igualdad de tratamiento para las mujeres. Para que un tratamiento diferencial sea discriminatorio, los sexos deben estar primero «situados similarmente» por la legislación, las calificaciones, las circunstancias o las características físicas<sup>7</sup>. Este patrón aplica al sexo la norma legal más amplia de la neutralidad, la versión que la ley tiene de la objetividad. Para comprobar la neutralidad genérica, inviértase la situación de los sexos y compárese. Para ver si una mujer fue discriminada por razón de su sexo, preguntémonos si un hombre en situación similar habría sido tratado o se le ha tratado así. La diferencia relevante respalda la diferencia de tratamiento, por categórica, desventajosa o acumulativa que sea. Los reflejos precisos de

<sup>6</sup> Barbara Brown, Thomas I. Emerson, Gail Falk y Ann E. Freedman, «The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women», 80 *Yale Law Journal* 871 (1971).

<sup>7</sup> «Con independencia de su sexo, las personas incluidas en cualquiera de las clases enumeradas gozar de una situación similar... Al dar un tratamiento diferenciado a hombres y mujeres que tienen una situación similar, el artículo que nos ocupa viola la cláusula de igualdad de protección». *Reed v. Reed* (1971); *Rostker v. Goldberg* (1981) (puesto que la situación de las mujeres en cuanto al combate es distinta según la legislación, la entrada exclusiva de los hombres en el ejército no viola la igualdad de protección). Véase también *Califano v. Webster* (1977); *Parham v. Hughes* (1979) (las madres no tienen una situación similar a la de los padres en lo que se refiere a la legalización de los hijos porque sólo los padres tienen poder legal para hacerlo); *Schlesinger v. Ballard* (1975); *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County* (1981) (las mujeres no están en situación similar a la de los hombres «por lo que afecta a los problemas y riesgos de las relaciones sexuales», refiriéndose al embarazo).

disparidades concretas por tanto se hacen no comparables o racionales, de modo que son diferencias y no desigualdades para los propósitos legales. En este sentido, la igualdad normativa se deriva de la equivalencia empírica, con la que está relacionada. Las diferencias concretas producen resultados diferenciados sin implicar necesariamente discriminación.

En este enfoque general epistemológicamente liberal<sup>8</sup>, los sexos son por naturaleza biológicamente diferentes; por lo tanto están lógicamente diferenciados socialmente para algunos fines. Sobre esta diferenciación natural, inmutable, inherente, esencial, justa y maravillosa, se considera que la sociedad y la ley han levantado ciertas distinciones arbitrarias, irracionales, restrictivas y distorsionantes. Estas son las desigualdades a las que se dirige la ley contra la discriminación sexual. Según lo ha definido un especialista, «toda prohibición de clasificación sexual debe ser suficientemente flexible para admitir dos fuentes legítimas de distinción por razón del sexo: las diferencias biológicas entre los sexos y la ética heterosexual prevalente de la sociedad norteamericana»<sup>9</sup>. La prohibición federal propuesta por la EID, por lo demás sin concesiones, de las distinciones basadas en el sexo proporciona excepciones paralelas para las «características físicas únicas» y la «intimidad personal»<sup>10</sup>. Las leyes o prácticas que expresan o reflejan «estereotipos» sexuales, entendidos como actitudes inexactas y excesivamente generalizadas a menudo tachadas de «arcaicas» o «superadas», están en el corazón de esta definición de discriminación<sup>11</sup>. Las

ilusiones equivocadas sobre las diferencias reales son justificables, pero toda distinción que pueda definirse con precisión por la biología o la heterosexualidad no es una discriminación, sino una diferencia.

Desde el punto de vista de las mujeres, el género es más una desigualdad de poder que una diferenciación exacta o inexacta. Para las mujeres, el sexo es una condición social basada en a quién se permite hacer qué a quién; sólo por derivación es una diferencia. Por ejemplo, una mujer reflejada en su género: «Ojalá hubiera sido un felpudo, o un hombre»<sup>12</sup>. Ser un felpudo es definitivamente distinto de ser un hombre. Las diferencias entre los sexos existen descriptivamente. Pero el hecho de que se trate de las opciones realistas de la mujer, y de que sean tan restrictivas, cuestiona la perspectiva que considera esta distinción una «diferencia». No se dice que los hombres sean diferentes porque no son felpudos ni mujeres, pero a una mujer no le está socialmente permitido ser una mujer ni un felpudo ni un hombre.

Desde esta perspectiva, considerar el género cuestión de identidad y diferencia encubre la realidad del género como sistema de jerarquía social, como desigualdad. Las diferencias atribuidas al sexo se hacen líneas que dibuja la desigualdad, no son ningún tipo de base para ésta. La desigualdad social y política comienza indiferente a la identidad y a la diferencia. Las diferencias son la excusa *post hoc* de la desigualdad, su artefacto de conclusión, su resultado presentado como origen, su sentimentalización, su daño al que se apunta como justificación para hacer el daño después de haberlo hecho; las distinciones que la percepción está socialmente organizada para ver porque la desigualdad les da consecuencias para el poder social. El género podría no ser siquiera código de la diferencia, podría no significar distinción epistemológicamente, si no fuera por sus consecuencias para el poder social. Las distinciones de cuerpo o men-

<sup>8</sup> Hay otro enfoque que va conquistando adeptos y que se trata en el capítulo 13.

<sup>9</sup> G. Rutherglen, «Sexual Equality in Fringe-Benefits Plans», 65 *Virginia Law Review* 199, 206 (1979).

<sup>10</sup> Brown, Emerson, Falk y Freedman, «The Equal Rights Amendment».

<sup>11</sup> Nadine Taub, «Keeping Women in Their Place: Stereotyping Per Se as a Form of Employment Discrimination», 21 *Boston College Law Review* 345 (1980); véase también Barbara Kirk Cavanaugh, «'A Little Dearer than His Horse': Legal Stereotypes and the Feminine Personality», 6 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 260 (1971).

<sup>12</sup> Jean Harris, citada por Shana Alexander en *Very Much a Lady*, en una reseña de Anne Bernays, *New York Times Book Review*, 27 de marzo de 1983, pág. 13.

te o conducta se señalan como causa más que como efecto, sin comprender que son tan profundamente efecto y no causa que señalarlas es ya un efecto. La desigualdad viene primero; la diferencia viene después. La desigualdad es material y sustantiva e identifica una disparidad; la diferencia es inmaterial y abstracta y falsamente simétrica. Si esto es así, un discurso y una ley del género que se centren en la diferencia sirven como ideología para neutralizar, racionalizar y encubrir las disparidades del poder, incluso cuando parecen criticarlas o convertirlas en problema. La diferencia es el guante de terciopelo sobre el puño de hierro de la dominación. El problema entonces no es que no se valoren las diferencias; el problema es que están definidas por el poder. Esto es cierto cuando la diferencia se afirma tanto como cuando se niega, cuando se aplaude su sustancia o se desprecia, cuando se castiga a las mujeres o cuando se las protege en su nombre.

Hablando doctrinalmente, las mujeres tienen dos vías alternativas a la igualdad de los sexos dentro del enfoque global de la discriminación sexual, vías que siguen las líneas de la tensión identidad/diferencia. La primera es: sed igual que los hombres. Esta vía se llama «neutralidad genérica» doctrinalmente y es filosóficamente el único patrón. Es testimonio de cómo la sustancia se convierte en forma en la ley el hecho de que esta norma se considera igualdad formal. Puesto que refleja los valores del mundo social, se considera abstracta, que significa transparente para el mundo y carente de sustancia. También por esta razón se considera no sólo *el* patrón, sino también que es *un* patrón. Expresada legalmente como patrones que normativamente son conformes a la realidad existente, como ley que refleja la vida, la expresión doctrinal más fuerte de la identidad sería prohibir tomar jamás en consideración el género, con excepciones para las «diferencias reales». Hasta aquí la regla dominante de la que son códigos y equivalentes las palabras «igual a», las palabras «lo mismo que», siendo no específico el referente de ambas.

Para las mujeres que desean la igualdad pero se encuen-

tran «diferentes», la doctrina proporciona una ruta alternativa: sed diferentes de los hombres. Este reconocimiento igual de la diferencia se denomina legalmente norma de ventajas especiales o norma de protección especial, doble patrón filosóficamente. Tiene un olor bastante desagradable que recuerda la exclusión de las mujeres de la esfera pública y las leyes laborales protectoras<sup>13</sup>. Como el embarazo, que siempre la saca a colación, es una especie de engorro doctrinal. Considerada como excepción a la auténtica igualdad y no una auténtica norma legal, es el único punto en el que la ley de la discriminación sexual la admite reconociendo algo sustantivo. Junto con la «Bona Fide Occupational Qualification» (BFOQ) y la excepción de las características físicas únicas de la política de la EID, la legislación compensatoria y la compensación consciente del sexo en litigios particulares, se considera que éste es el ámbito de la acción afirmativa<sup>14</sup>. Las diferencias concretas pueden producir tratamiento diferente, indulgencias o privaciones. Esta ley de la igualdad es agnóstica en cuanto a cuáles se producen.

La filosofía en la que se basa el enfoque identidad/diferencia aplica el liberalismo a las mujeres. El sexo es una diferencia natural, una división, una distinción bajo la cual hay un estrato de características humanas comunes: la identidad<sup>15</sup>. La fuerza moral de la rama de la identidad de la doctrina adapta las reglas normativas a la realidad empírica

<sup>13</sup> Véase Babcoch, A. Freedman, E. Norton y S. Ross, *Sex Discrimination and the Law* (Boston, Little, Brown, 1975, págs. 23-53).

<sup>14</sup> La excepción BFOQ del capítulo VII de la Ley de derechos civiles de 1964, 42 U.S.C. sección 2999e-2(e) permite que el sexo sea una cualificación laboral cuando es válida. Para la teoría EID, véase Brown, Emerson, Falk y Freedman, «The Equal Rights Amendment».

<sup>15</sup> Esta observación es de aplicación incluso a liberales ilustrados como John Rawls, que rechaza el naturalismo de la ordenación social como prescriptiva pero la acepta como descriptiva de la sociedades injustas. La desigualdad existe en la naturaleza; la sociedad puede aceptarla o rechazarla. No es en sí una construcción social ni son las diferencias funciones de ella; John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1971); pág. 102.

otorgando a las mujeres acceso a lo que los hombres tienen: en la medida en que las mujeres no son diferentes de los hombres, las mujeres se merecen lo que los hombres tienen. La rama de las diferencias, que en general se considera paternalista y cínica pero necesaria para evitar el absurdo, existe para valorar o compensar a las mujeres por lo que son o por lo que distintivamente han llegado a ser como mujeres, con lo cual se quiere decir distintas de los hombres; o para dejar a las mujeres «diferentes» tal como las encuentra la ley de la igualdad.

Casi todos los estudios sobre la ley de la discriminación sexual se ocupan de cuál de estas vías para la igualdad de los sexos es preferible a largo plazo o más adecuada para una cuestión concreta, como si lo fueran todo<sup>16</sup>. Como cuestión previa, no obstante, tratar las cuestiones de la igualdad entre los sexos como cuestiones de identidad y diferencia es asumir un enfoque concreto. Este enfoque se denomina: enfoque identidad/diferencia porque está obsesionado con la diferencia entre los sexos. Su tema principal es: «somos lo mismo, somos lo mismo, somos lo mismo». Su contrapunto (en un registro más alto) dice: «pero somos diferentes,

<sup>16</sup> Por ejemplo, véase Wendy Williams, «The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism», 7 *Women's Rights Law Reporter* 175 (1982); Herma Kay, «Models of Equality», 1985 *University of Illinois Law Review* 39; Fran Olsen, «Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis», 63 *Texas Law Review* 387 (1984); Wendy Williams «Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate», 13 *New York University Review of Law and Social Change* 325 (1985); Sylvia Law, «Rethinking Sex and the Constitution», 132 *University of Pennsylvania Law Review* 955 (1984); Stephanie Wildman, «The Legitimation of Sex Discrimination: A Critical Response to Supreme Court Jurisprudence», 63 *Oregon Law Review* 265 (1984); Herma Kay, «Equality and Difference: The Case of Pregnancy», 1 *Berkeley Women's Law Journal* 1 (1985); Dowd, «Maternity Leave: Taking Sex Differences into Account», 54 *Fordham Law Review* 699 (1986). Frances Olsen, «From False Paternalism to False Equality: Judicial Assaults on Feminist Community, Illinois 1869-1895», 84 *Michigan Law Review* 1518 (1986), considera restrictiva la definición de estas cuestiones.

pero somos diferentes, pero somos diferentes». Su historia es: el primer día existía la diferencia, el segundo día se creó en ella una división; el tercer día surgió el dominio ocasional. La división puede ser racional o irracional. El dominio parece o está justificado o injustificado. La diferencia es.

Se oculta la forma sustantiva en que el hombre ha llegado a ser la medida de todas las cosas. Bajo la misma rúbrica, se mide a las mujeres según la correspondencia con los hombres y su igualdad se juzga por la proximidad a la medida de los hombres. Bajo la rúbrica de la diferencia, se mide a las mujeres de acuerdo con su falta de correspondencia con los hombres, su femineidad se juzga por su alejamiento de la medida de los hombres. La neutralidad genérica es el patrón masculino. La regla de protección especial es el patrón femenino. La masculinidad o la virilidad es la referencia para ambos. Acercarse a la discriminación sexual de esta forma, como si las cuestiones del sexo fueran cuestiones de diferencia y las cuestiones de igualdad fueran cuestiones de identidad, sólo deja a la ley dos caminos para mantener a las mujeres en el patrón masculino y llamar a eso igualdad entre los sexos.

La doctrina identidad/diferencia ha mediado en lo que las mujeres han conseguido como mujeres de esta situación bajo el nombre de discriminación sexual. Sí se ocupa de un problema muy importante: cómo dar a las mujeres acceso a todas las cosas de las que han estado excluidas y valorar al mismo tiempo todo lo que las mujeres son o se les ha permitido ser o han desarrollado como consecuencia de su lucha por no ser excluidas de casi todos los afanes de la vida o para que se las tome en serio en los términos que se ha permitido que sean los términos de las mujeres. Se ocupa de lo que las mujeres han conseguido en comparación con los hombres. Su impulso rector es: somos tan buenas como vosotros. Podemos hacer todo lo que vosotros podáis hacer, pero fuera de ahí. Ha mejorado el acceso restringido al empleo y a la educación —los empleos públicos, incluidos los puestos académicos, profesionales y manuales— al mundo militar y ha permitido algo más que un acceso nominal al

deporte<sup>17</sup>. Se ha movido para alterar los callejones sin salida que se veían bien para todas las mujeres, y lo que pasaba por falta de preparación física, que era una preparación en serio para la pasividad y la debilidad forzada. El servicio militar ha presentado la ruta de la identidad hacia la igualdad en toda su dignidad simple y todos sus complejos equívocos: como ciudadanas, las mujeres deberían correr el riesgo de que las maten igual que los hombres<sup>18</sup>. La ciudadanía es total. Las consecuencias de la resistencia de las mujeres a sus riesgos deben contar igual que cuenta la de los hombres<sup>19</sup>.

El patrón de la identidad ha dado a los hombres sobre todo el beneficio de las pocas cosas que las mujeres han te-

nido históricamente, por todo el bien que hicieron. Con la neutralidad genérica, la ley de la custodia y el divorcio ha variado una vez más, dando a los hombres lo que se denomina igualdad de oportunidad en la custodia de los hijos y las pensiones alimenticias<sup>20</sup>. Los hombres muchas veces parecen mejores padres según las reglas de la neutralidad genérica como son los ingresos o la presencia de la familia nuclear, porque los hombres ganan más dinero y (como se suele decir) ponen los cimientos de las unidades familiares. También tienen más credibilidad y autoridad en los tribunales. Con la neutralidad genérica, a los hombres se les otorga efectivamente preferencia como padres porque la sociedad les ha dado ventaja antes de llegar a los tribunales. Pero se prohíbe a la ley que tome esa preferencia en consideración porque eso significaría tomar en consideración el género, lo cual sería discriminación sexual. Tampoco se permite que tengan importancia las realidades de grupo que hacen que las mujeres necesiten más la pensión alimenticia, porque sólo pueden importar los factores individuales, considerado neutro el género. De forma que el hecho de que las mujeres vivan su vida como individuos, como miembros del grupo de mujeres, con las oportunidades de las mujeres en una sociedad que discrimina por el sexo, no puede contar porque sería discriminación sexual. El principio de igualdad con esta forma da la idea de que la forma de conseguir cosas para las mujeres es conseguirlas para los hombres. Los hombres las han conseguido. Las mujeres han perdido a sus hijos y han perdido la seguridad económica y sin embargo, no han conseguido un salario igual o un trabajo igual, y mucho menos igual salario por igual trabajo, y están a punto de

<sup>17</sup> Ejemplos de trabajo: capítulo VII de la Ley de derechos civiles de 1964; Phillips v. Martin-Marietta (1971). Educación: capítulo IX de la Ley de derechos civiles de 1964; Cannon v. University of Chicago (1979); Delacruz v. Tormey (1978). Trabajo académico: parece que las mujeres pierden casi todos los casos que llegan a juicio, pero véase Sweeney v. Board of Trustees of Keen State College (1979). Trabajo profesional: Hishon v. King & Spalding (1984). Trabajo manual: Vanguard Justice v. Hughes (1979); Meyer v. Missouri State Highway Commission (1977); Payne v. Travenol Laboratories (1976). Véase también Dothard v. Rawlinson (1977) (exigencias de altura y peso invalidadas para empleo como guardias de prisiones por repercusiones dispares sobre la base del sexo). Ejército: Frontiero v. Richardson (1973); Schlesinger v. Ballard (1975). Deporte: esta situación es relativamente compleja. Véase Gomes v. R.I. Interscholastic League (1979); Brenden v. Independent School District (1973); O'Connor v. Board of Education of School District (1981); Cape v. Tennessee Secondary School Athletic Association (1976); Yellow Springs Exempted Village School District Board of Education v. Ohio High School Athletic Association (1978); Aiken v. Lieuallen (1979).

<sup>18</sup> Véase Rostker v. Goldberg (1981) (entrada en el ejército sólo para hombres). Véase también Lori S. Kornblum, «Women Warriors in a Men's World: The Combat Exclusion», 2 *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice* 351 (1984).

<sup>19</sup> La idea oculta es: ¿qué pasa? ¿No quieres que aprenda a matar igual que tú? Este conflicto podría expresarse como diálogo entre mujeres en el más allá. La feminista dice al soldado: hemos luchado por vuestra igualdad. El soldado dice a la feminista: nada de eso, *nosotros* hemos luchado por *vuestra* igualdad.

<sup>20</sup> Sobre la pensión alimenticia y otros factores económicos, véase L. Wietzman, «The Economics of Divorce: Social and Economic Consequences of Property, Alimony, and Child Support Awards», 28 *UCLA Law Review* 1181, 1251 (1981), que documenta un descenso del 73 por 100 del nivel de vida de las mujeres y un aumento del 42 por 100 en el de los hombres en el año siguiente al divorcio en California. Sobre la custodia, véase Phyllis Chesler, *Mothers on Trial* (Nueva York, McGraw-Hill, 1986).

perder sus territorios independientes, como los colegios femeninos, con este enfoque<sup>21</sup>.

Lo que esta doctrina quiere decir aparentemente con desigualdad sexual no es lo que les ocurre a las mujeres y lo que quiere decir con igualdad sexual es sólo conseguir para las mujeres cosas que también pueden conseguirse para los hombres. La ley de la discriminación sexual parece ir buscando sólo las formas que se han utilizado para someter a las mujeres que *no* se han constituido en diferencias, sean originales, impuestas o imaginadas. En cuanto a las diferencias originales: ¿qué hacer con el hecho de que las mujeres tienen una capacidad de la que todavía carecen los hombres, como es la de gestar niños en el útero? El embarazo es por lo tanto una diferencia, pero no define una línea de género perfecta porque no todas las mujeres se quedan embarazadas<sup>22</sup>. El género se define aquí primero biológicamente—para abarcar todo lo que afecta a todas las mujeres y sólo a las mujeres— y luego la más biológica de las diferencias;

<sup>21</sup> Para los datos y el análisis, véase Barbara F. Reskin y Heidi Hartmann, eds., *Women's Work, Men's Work: Sex Segregation on the Job* (Washington, D. C., National Academy Press, 1986). En una comparación de los ingresos medios de cada sexo en edades comprendidas entre los veinticinco y los cincuenta años para el período 1973-1983, la Oficina de la Mujer señala que las mujeres en 1975 ganaban 8.000 dólares frente a los 14.000 de los hombres y en 1983 15.000 frente a 24.000; U. S. Department of Labor, Women's Bureau, *Time of Change: 1983 Handbook of Women Workers*, boletín 298 (Washington, D. C., 1983), pág. 456. La Ley de igualdad de salario fue aprobada en 1963. Sobre igual salario por igual trabajo, véase *Christensen v. State of Iowa* (1977); *Gerlach v. Michigan Bell Tel. Co.* (1980); *Odomes v. Nucare, Inc.* (1981); *Power v. Barry County, Michigan* (1982); *Lemons v. City and County of Denver* (1978). Véase también Carol Jean Pint, «Value, Work and Women» 1 *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice* 159 (1983). Para ver en el horizonte la desaparición de los colegios femeninos, combínese el resultado de *Bob Jones University v. United States* (1983) (una universidad privada pierde su exención fiscal porque la segregación racial interna viola la política pública) con *Mississippi University of Women v. Hogan* (1982) (un colegio público sólo para mujeres es discriminación).

<sup>22</sup> *General Electric v. Gilbert* (1976); *Geduldig v. Aiello* (1974).

el embarazo, se excluye porque no es suficientemente biológico (es decir, cien por cien). Además, el embarazo es una diferencia a partir de la cual pueden establecerse diferencias sin que sean discriminatorias. El embarazo es a un tiempo demasiado genérico y no suficientemente genérico, por lo que se puede, sin problemas, no compensar a las mujeres por las ausencias laborales, no garantizarles el puesto a la vuelta, etcétera. La neutralidad genérica sugiere, de hecho, que puede ser discriminación sexual dar a las mujeres lo que necesitan porque sólo lo necesitan las mujeres. Ciertamente se consideraría una protección especial. Pero no es, en este sentido, discriminación sexual *no* dar sólo a las mujeres lo que necesitan, porque entonces sólo las mujeres no tendrían lo que necesitan<sup>23</sup>. Según esta lógica, la ley de la discriminación sexual no prohíbe prácticamente nada que socialmente sea una desventaja para las mujeres y sólo para las mujeres. Excepto *de iure*, la discriminación sexual es un conjunto vacío.

Consideremos las diferencias impuestas: ¿qué hacer con el hecho de que casi todas las mujeres están discriminadas en trabajos con un sueldo bajo donde no hay ningún hombre? Afirmando que la estructura del mercado se distorsionaría si se pusiera en vigor un valor comparable (un comentario interesante acerca del potencial radical de una reforma con muchas cosas en común con la propuesta de salario para el trabajo doméstico<sup>24</sup>), la doctrina de la diferencia dice que puesto que no hay ningún hombre para fijar el patrón en relación con el cual el tratamiento de las mujeres será des-

<sup>23</sup> Un ejemplo reciente de que el Tribunal Superior entiende esto mejor que el movimiento de la mujer es *California Federal Savings and Loan Assn. v. Guerra* (1987), en relación con la baja por maternidad. Ningún grupo feminista apoyó la decisión final del Tribunal Supremo: que no era discriminación sexual que la ley estatal exija el permiso por maternidad y una garantía de conservar el empleo para las mujeres embarazadas. Todos los grupos feministas menos uno (que afirmó que la reproducción es un derecho fundamental) dijeron que sí era discriminación.

<sup>24</sup> *Lemons v. City and County of Denver* (1978); *AFSCME v. Washington* (1985).

viación, no hay discriminación sexual, sólo diferencia sexual. No importa que no haya ningún hombre con el que comparar porque ningún hombre haría ese trabajo si pudiera elegir, y como es hombre, elige y no lo hace. Los casos claros de discriminación sexual encallan en el mismo escollo. Por ejemplo, en «Sears contra EEOC», la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo argumentó que las enormes diferencias estadísticas de hombres y mujeres en algunas categorías laborales con sueldos más altos indicaba que Sears practicaba la discriminación sexual. Una experta, Alice Kessler Harris, afirmando la identidad de las mujeres con los hombres en nombre del feminismo, defendió a las mujeres afirmando que siempre que se permitía que las mujeres fueran una excepción lo eran. Los acusados de Sears afirmaron que las mujeres son distintas de los hombres, que no quieren necesariamente las mismas cosas que los hombres, como un trabajo mejor pagado. Otra experta, Rosalind Rosenberg, hablando de las diferencias de las mujeres en relación con los hombres en nombre del feminismo, defendió a las mujeres. Dado que las mujeres de las estadísticas estaban abrumadoramente divididas por líneas genéricas y que no se dudaba de los supuestos doctrinales ni de la desigualdad sexual en la definición del trabajo, por no hablar del sexismo social que construye lo que la gente «quiere», ganó el argumento de las diferencias de las mujeres y perdieron las mujeres<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> EEOC v. Sears, Roebuck and Co. Civil Action (1987), «Offer or Proof concerning the Testimony of Dr. Rosalind Rosenberg», «Written Testimony of Alice Kessler Harris», «Written Rebuttal Testimony of Dr. Rosalind Rosenberg», Rosalind Rosenberg, «The Sears Case: An Historical Overview» (mimeografía, 25 de noviembre de 1985); Rosalind Rosenberg, «Women and Society Seminar: The Sears Case» (artículo, 16 de diciembre de 1985); Jon Weiner «The Sears Case: Women's History on Trial», *The Nation*, 7 de septiembre de 1985, págs. 1, 176-180; Alice Kessler-Harris, «Equal Employment Opportunity Commission v. Sears, Roebuck and Company: A Personal Account», *Radical History Review* 35 (1986), 57-79. EEOC v. Sears (1986) (Sears no discriminaba).

Consideremos ahora la discriminación *de facto*, el denominado sutil alcance de la categoría impuesta. Casi todos los empleos exigen que una persona cualificada de género neutro no tenga la responsabilidad principal del cuidado de los hijos en edad preescolar del trabajador<sup>26</sup>. Señalar que este hecho plantea una cuestión de género en una sociedad en la que se espera de las mujeres que cuiden de los niños se interpreta como primer día en que se tiene en cuenta el género para estructurar el trabajo. Hacerlo sería violar la norma de no reparar en las diferencias concretas basadas en el género. Así nunca está claro que el primer día en que se tuvo en cuenta el género para estructurar el trabajo fue el día en que el trabajo se estructuró confiando en que su destinatario no tuviera grandes responsabilidades en el cuidado de los niños.

De las diferencias sexuales imaginarias, como las que existen entre aspirantes masculinos y femeninos con igual cualificación a la administración del Estado<sup>27</sup>, puede ocuparse la doctrina de la discriminación sexual. Pero si no se enseñara a leer y a escribir a las mujeres (como ocurría antes, las mujeres siguen siendo mayoría entre los analfabetos del mundo), la diferencia genérica entre las mujeres y los hombres en la administración estatal no sería imaginaria. Semejante sociedad necesitaría aún más una ley contra la desigualdad sexual, aunque esta doctrina sería incapaz de tratarla como problema de desigualdad. La ley de la discriminación sexual puede ocuparse de las ilusiones y los errores. Las realidades son algo muy distinto. El resultado es que, debido a la desigualdad sexual, incluso cuando las mujeres están en una «situación similar» a la de los hombres, muchas veces no se las considera así. El problema más profundo, debido a la desigualdad sexual, es que rara vez se les permite llegar a una «situación similar» a la de los hombres.

Esta ley enfoca la realidad social de la desigualdad sexual del mismo modo que la ideología de la desigualdad

<sup>26</sup> Phillips v. Martin-Marietta (1971).

<sup>27</sup> Reed v. Reed (1971).

sexual enfoca la vida social, y se considera legítima porque hay correspondencia entre ambas. Por esta razón, la ley de la igualdad sexual siempre está corroída por el problema que trata de resolver. No puede reconocer, por ejemplo, que los hombres no tienen por qué ser lo mismo que alguien para tener derecho a casi todos los beneficios. No puede reconocer que todas las cualidades que distinguen a los hombres de las mujeres ya están compensadas positivamente en la organización y los valores de la sociedad, de forma que define implícitamente los patrones que aplica de manera neutra. La fisiología de los hombres define la mayor parte de los deportes, sus necesidades de salud define en buena medida la cobertura de los seguros, sus biografías diseñadas socialmente definen las expectativas del puesto de trabajo y las pautas de una carrera de éxito, sus perspectivas e inquietudes definen la calidad de los conocimientos, sus experiencias y obsesiones definen el mérito, su servicio militar define la ciudadanía, su presencia define la familia, su incapacidad para soportarse unos a otros —sus guerras y sus dominios— define la historia, su imagen define a dios y sus genitales definen el sexo. Éstos son los patrones que se presentan como neutrales en cuanto al género. Por cada una de las diferencias de los hombres en relación con las mujeres, lo que equivale a un plan de acción afirmativa es, en efecto, lo que se conoce por estructura y valores de dominio masculino de la sociedad norteamericana. Pero siempre que se encuentra a las mujeres diferentes de los hombres e insisten en que eso no se levante contra ellas, cada vez que se utiliza una diferencia para mantener a las mujeres en la segunda clase y se saca a colación la ley de la igualdad como compensación, la doctrina sufre un trauma de paradigmas.

Es obvio que hay muchas diferencias entre mujeres y hombres. No es probable que ensalzar sistemáticamente a la mitad de la población y denigrar a la otra mitad produzca una población en la que todos sean iguales. Lo que la ley de la igualdad sexual no consigue ver es que las diferencias de los hombres en relación con las mujeres son iguales a las diferencias de las mujeres en relación con los hombres. Pero

los sexos no tienen la misma situación en la sociedad por lo que se refiere a sus diferencias relativas. La jerarquía del poder produce diferencias reales e imaginadas, diferencias que son también desigualdades. Las diferencias son iguales: las desigualdades, bastante obviamente, no lo son.

Falta en la ley de la igualdad sexual lo que faltaba en la noción empírica que Aristóteles tenía de que igualdad significa tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales<sup>28</sup>. Nadie la ha cuestionado seriamente desde entonces. ¿Por qué hay que ser lo mismo que un hombre para conseguir lo que consigue un hombre simplemente por serlo? ¿Por qué la masculinidad proporciona un derecho singular, que no se cuestiona por su género, mientras que las mujeres que quieren exponer el tratamiento desigual en un mundo que los hombres han hecho a su imagen (esto es lo que de verdad omitió Aristóteles<sup>29</sup>) tienen que demostrar efectivamente que son hombres en todos los aspectos que importan, que por desgracia se les ha tomado por mujeres por un accidente de nacimiento?

Las mujeres a las que beneficia la neutralidad genérica, y hay algunas, colocan este método donde más relieve adquiere. Casi todas son mujeres que han conseguido una historia personal que de algún modo se acerca a la norma masculina, al menos sobre el papel. Son las cualificadas, las más alejadas de las víctimas de la discriminación sexual. Cuando se les niegan las oportunidades de los hombres, parece sobre todo sesgo sexual. Cuanto más desigual se hace la so-

<sup>28</sup> Aristóteles: *Politics: A Treatise on Government*, trad. A. D. Lindsay (Nueva York, E. P. Dutton, 1912), libro 3, capítulo 15: «La naturaleza exige que haya el mismo derecho y el mismo rango necesariamente entre todos aquellos que son iguales por naturaleza» (pág. 101) [trad. esp.: *Política*, Madrid, Gredos, 1995]; ídem, *Ethica Nicomachea*, trad. W. Ross (Londres, Oxford University Press, 1972), libro V.3, 1131a-b [trad. esp.: *Ética a Nicómaco*, Valencia, Universidad de Valencia, 1993-1994].

<sup>29</sup> Sobre la naturaleza de las mujeres: «Aunque la virtud moral es común a todas... la templanza del hombre y de la mujer no es igual, ni su valor ni su justicia... pues el valor de un hombre consiste en mandar y el de la mujer en obedecer»; Aristóteles, *Politics*, pág. 24.

ciudad, menos se permite que existan tales mujeres, y menos probable es que esta doctrina de la igualdad sexual pueda hacer algo al respecto, porque el poder desigual crea la apariencia y la realidad de las diferencias sexuales en las mismas líneas que crea las desigualdades sexuales.

El lado de las ventajas especiales del enfoque identidad/diferencia no ha compensado a las mujeres por ser de segunda clase. Su doble patrón no da a las mujeres la dignidad del patrón único ni suprime el género de su referente: femenino. La norma de las ventajas especiales es el único lugar de la doctrina básica de la igualdad sexual en el que es posible identificarse como mujer y que eso no suponga renunciar a todo tratamiento igualitario. Pero se parece mucho. Originalmente se permitía a las mujeres estar protegidas como mano de obra, con dudosas ventajas<sup>30</sup>. Luego, con el doble patrón, las mujeres que podían heredar algo a la muerte del marido podían descontar un pequeño porcentaje del impuesto sobre bienes heredados, y el juez Douglas se pone elocuente hablando de las dificultades de la situación económica de todas las mujeres<sup>31</sup>. Si las mujeres van a tener el estigma de la diferencia, la compensación al menos debe ser equivalente a la disparidad. Las mujeres también han conseguido tres años más que los hombres antes de ser ascendidas o apartadas de la jerarquía militar. Esto es para compensarlas por estar excluidas del combate, que es la forma normal de ascender<sup>32</sup>. Hacer excepciones para las mujeres, como si fueran un caso especial, muchas veces parece preferible a corregir la propia norma, aun cuando el carácter «especial» de las mujeres sea dudoso o compartido o se haya creado por ley.

Excluir a las mujeres es siempre una opción cuando la igualdad sexual se siente en tensión con lo que se busca. Por

<sup>30</sup> J. Landes, «The Effect of State Maximum-Hours Laws on the Employment of Women in 1920», *Journal of Political Economy* 88 (1980), 476.

<sup>31</sup> Kahn v. Shevin (1974).

<sup>32</sup> Schlesinger v. Ballard (1975).

ejemplo, las mujeres están excluidas de los trabajos de contacto en las prisiones masculinas en nombre de «su propia femineidad» porque podrían violarlas (el tribunal se pone en la perspectiva del violador razonable en cuanto a las oportunidades de empleo de la mujer<sup>33</sup>). Las condiciones que crean la posibilidad de que la mujer sea violada no se consideran susceptibles de cambio legal ni se entiende como discriminatorio basar las oportunidades de empleo de la mujer en su inevitabilidad. Aparentemente, la posibilidad de ser violada es una diferencia. A las mujeres también se les ha protegido de los trabajos peligrosos porque no querían ser esterilizadas, o porque el empresario no quería correr el riesgo. El trabajo tiene riesgos para la salud, y alguien que podría llegar a ser una persona real algún día y por tanto podría querellarse —el feto— podría sufrir daños si una mujer potencialmente fértil tuviera un trabajo que expusiera su cuerpo a posibles lesiones<sup>34</sup>. Las mujeres fértiles aparentemente no son personas reales y por tanto no pueden querellarse por el riesgo para su salud ni por la oportunidad de empleo perdida, aunque sólo se trata así a las mujeres. Los hombres, al parecer, no pueden nunca ser excluidos como tales, ni siquiera cuando están amenazadas su fertilidad (igual que con los riesgos para la salud) o su vida (igual que con el combate), aun cuando sean sólo hombres los que sufren el daño.

Estos dos caminos hacia la igualdad sexual, el camino de la identidad y el camino de la diferencia, dividen a las mujeres según sus relaciones con los hombres y su proximidad

<sup>33</sup> Dothard v. Rawlinson (1977). Si los tribunales se dieron cuenta de que el acoso sexual es tan perverso y tan general y dañino para las mujeres en el lugar de trabajo como lo es la violación de las guardianas en las prisiones de hombres, habrá que preguntarse si no debería excluirse totalmente a la mujer del lugar de trabajo. Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson (1986) incluye una acusación de acoso sexual basada en la violación durante dos años y medio perpetrada por un supervisor del banco.

<sup>34</sup> Doerr v. B. F. Goodrich (1979); Hayes v. Shelby Memorial Hospital (1982); Wright v. Olin Corp. (1982).

dad al patrón masculino. Se considera que las mujeres que se salen de las relaciones tradicionales con los hombres y pasan a ser personas abstractas —excepcional en la condición de la mujer en vez de recibir su protección— tratan de ser iguales que los hombres. Les conceden la igualdad con una venganza. Si ganan, reciben como compensación el privilegio de alcanzar el patrón masculino, de pagar el precio de admisión para el que han preparado a los hombres como hombres y que se supone que deberían pagar, aunque normalmente no lo hacen. Las mujeres que plantean sus exigencias por el camino de la diferencia, exigencias en términos de roles tradicionales, pueden, si ganan, tener protección, o pueden quedar en desventaja específicamente sexual. Las situaciones distintas pueden justificar el tratamiento distinto, mejor o peor.

El resultado de la neutralidad genérica es que al mismo tiempo que esas contadas mujeres logran acceder a las condiciones previas para reclamar efectivamente la igualdad en términos masculinos, las mujeres hechas en el molde tradicional de la sociedad pierden las garantías de esos roles que tienen los hombres al reclamar la igualdad sexual. Las mujeres que piden a los tribunales que se les apliquen las garantías que han sido parte del trato de los roles femeninos, reciben cada vez menos, pero tampoco reciben los beneficios de los cambios sociales que las harían destinatarias de los derechos en las mismas condiciones que los hombres. No es un problema transitorio. La igualdad abstracta refuerza necesariamente las desigualdades del *statu quo* en la medida en que refleja irregularmente una disposición social desigual. La ley de la discriminación sexual se ha negado a reconocer que son las mujeres las que son distintas de los hombres, y a esta negativa la ha llamado principio de igualdad.

Puesto que, en esta doctrina, la igualdad de derechos descansa en una reclamación de similitud, y el género es de hecho una jerarquía, los hombres que fracasan como hombres enseguida reciben el tratamiento especial de las mujeres, mientras que son pocas las mujeres que consiguen los

requisitos previos para exigir la igualdad con los hombres. Muchos de los casos de discriminación sexual definitivos desde el punto de vista doctrinal que han llegado al Tribunal Supremo desde 1971 han sido llevados por hombres que buscaban los pocos privilegios que tenían las mujeres<sup>35</sup>. Muchos han ganado, mientras que las querellantes que buscaban oportunidades antes reservadas a los hombres perdían y perdían y perdían, y normalmente ni siquiera llegan al Tribunal Supremo<sup>36</sup>. Como consecuencia de la mayor movilidad hacia abajo de los hombres, combinada con su acceso comparativamente mayor a los recursos y a la credibilidad, acceso que los hombres casi nunca pierden, las bases compensatorias, referenciales o protectoras de la ley de la discriminación sexual para las mujeres casi siempre se han expresado en el contexto de recusaciones hechas por hombres de disposiciones específicas del sexo que suavizan o atenúan la situación de las mujeres, pero no la modifican. Con la misma frecuencia las refuerzan de formas equívocas. Uno de tales casos defendía una ley de la violación sólo masculina frente a una recusación de la igualdad de los sexos alegando que sólo se quedan embarazadas las mujeres y olvidando que también se viola a niños, que las mujeres más jóvenes violadas no se quedan embarazadas y que las mujeres mayores de edad son violadas y también se quedan embarazadas. Puesto que la violación no se reconocía como acto de desigualdad sexual, el Tribunal mantuvo a los niños como actores sexuales, incluso con mujeres adultas, y dividió a la población femenina en categorías de accesibilidad para el sexo forzado. La línea de edad hacía de las niñas un tabú sexual y por tanto blanco sexual, por definición incapaces de consentir. Las niñas sólo un día mayores y las mujeres efectivamente consentían y se las presuponía iguales a menos que se

<sup>35</sup> David Cole, «Strategies of Difference: Litigating for Women's Rights in a Man's World», 2 *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice* 34 n. 4 (1984) (serie de casos).

<sup>36</sup> Es difícil documentar lo que no existe. Un ejemplo es *American Booksellers Assn., Inc. v. Hudnut* (1985), en el que el Tribunal dio un fallo positivo sumariamente, sin argumento.

probara lo contrario<sup>37</sup>. Otro caso mantenía el reclutamiento sólo masculino, obligando a los hombres a arriesgar su vida en el combate y, con ello, a los hombres como combatientes básicos de la sociedad que tienen en sus manos su violencia legítima<sup>38</sup>.

Se reconoce que algunos viudos son como casi todas las viudas: pobres porque su cónyuge ha muerto. Algunos esposos son como casi todas las esposas: dependen de su cónyuge. Algunos padres, como casi todas las madres, son sobre todo responsables de los niños. Pero ocupar estas posiciones es coherente con las normas genéricas femeninas: casi todas las mujeres las comparten. El enfoque de género neutral de la ley de la discriminación sexual esconde, y la base proteccionista se niega a cambiarlo, el hecho de que la pobreza de las mujeres y su consecuente dependencia económica de los hombres (ya sea en el matrimonio, en la beneficencia, el trabajo o la prostitución), la maternidad forzada y la vulnerabilidad sexual constituyen sustancialmente su posición social como *mujeres*, como miembros de su género. El que algunos hombres en ocasiones se encuentren en situaciones similares no significa que ocupen esa posición como hombres, como miembros de su género. Lo hacen excepcionalmente, tanto en normas como en números. A diferencia de las mujeres, los hombres no son pobres o básicamente responsables de los hijos por razón de su sexo.

Los patrones de la ley de la discriminación sexual son para las excepciones de la sociedad. Para afirmar que su situación es similar a la de los hombres, las mujeres tienen que ser excepciones. Tienen que ser capaces de afirmar todo lo que la desigualdad sexual, en general, ha quitado sistemáticamente a las mujeres: independencia económica, cualificación laboral, experiencia empresarial, cualidades de líder, decisión y confianza, sentido del yo, estima de sus iguales, estatura física, fuerza y destreza, capacidad para el combate, inexpugnabilidad sexual y, en todas las fases de las actua-

ciones legales, credibilidad. Interpretar los sexos como «individuos», queriendo decir de uno en uno, como si no pertenecieran a ningún género, eclipsa a la perfección estas realidades colectivas y correlaciones sustantivas de situación de grupo genérico tras la máscara del reconocimiento de los derechos individuales. Es la mujer que casi siempre ha escapado de la desigualdad genérica la más capacitada para afirmar que esa desigualdad la ha perjudicado. Parece que la mujer tiene que ser igual para poder quejarse de la desigualdad.

La ley de la discriminación sexual exige que las mujeres sean objetos genéricos o emulen la masculinidad para poder ser sujetos. Estos criterios, es interesante, son paralelos al doble desapasionamiento que Nancy Cott identifica como parte de la mujer en el trato por el que a las mujeres históricamente se les ha concedido acceso a esta forma de igualdad institucional. El desapasionamiento —ser receptoras del acto sexual como definición del género femenino— era el precio de la admisión de las mujeres a la igualdad moral victoriana<sup>39</sup>. Las mujeres desapasionadas merecen igual protección (igual tratamiento, femenino en versión independiente) o un permiso bien definido para ser hombres de segunda clase (igual tratamiento, versión masculina). El apasionamiento sencillamente rompe las reglas, y hace que las mujeres pierdan el derecho a la igualdad moral pero deja el desapasionamiento intacto como regla para las mujeres. Las mujeres no desapasionadas —tal vez las que actúan por sí, se definen por sí, se respetan, no están definidas sexualmente y se resisten a la desigualdad sexual desde esa posición— simplemente no existen en estos términos. Si la situación genérica se basa en el sexo, la igualdad sexual sería igualdad real. En esta perspectiva, esta forma de objetificación sexual como precio de la igualdad se parece a la desigualdad como precio de la igualdad, y se descubre que el trato burgués

<sup>37</sup> Michael v. Superior Court of Sonoma County (1981).

<sup>38</sup> Rostker v. Goldberg (1981).

<sup>39</sup> Nancy Cott, «Passionless: An Interpretation of Victorian Sexual Ideology, 1790-1950», *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 4 (1978), 219-236.

—las condiciones en las que se concedió a las mujeres como género acceso al ser persona abstracto y a la individualidad— tenía un precio sexual.

Según la ley de la igualdad sexual, ser humano, en sustancia, significa ser hombre. Ser persona, ser un individuo abstracto con derechos abstractos, puede ser un concepto burgués, pero su contenido es masculino. La única forma de presentar una reclamación *como* miembro del grupo mujeres, socialmente desigual, en contraste con tratar de presentar una reclamación *contra* la inclusión en el grupo mujeres, es buscar el tratamiento sobre una base sexualmente denigrada. Los derechos humanos, incluidos los «derechos de las mujeres», han estado implícitamente limitados a aquellos derechos que los hombres tenían que perder. Ésta puede ser en parte la razón de que los hombres confundan repetidamente la igualdad en los procedimientos y la igualdad abstracta con la igualdad sustantiva: para ellos son la misma cosa. La igualdad abstracta nunca ha incluido aquellos derechos que las mujeres como mujeres más necesitan y nunca han tenido. Todo esto parece racional y neutral en la ley porque la realidad social está construida desde el mismo punto de vista.

El estereotipo —las imágenes inexactas o exageradas— son la injuria liberal arquetípica. Ocurre en la mente o en el espacio social simbólico. Congela el proceso de objetificación (del que es parte *bona fide*) en su momento de inexactitud, incapaz de comprender unas imágenes —por tanto siempre potencialmente vencido por éstas— que se hacen conductiva y emocionalmente reales. Casi siempre es así. Tomar, por ejemplo, a los candidatos a un puesto de trabajo de forma individual eclipsa en vez de resaltar este hecho, aunque seguramente beneficia a algunos individuos. El que las mujeres y las niñas no tengan fuerza física, o no intimiden por su aspecto físico en comparación con los hombres y los niños pueden ser consecuencias tanto como causas de la imagen social de que la femineidad es débil y la masculinidad es fuerte. La cuestión no es sólo el supuesto rígido de la causalidad biológica ante la variación social que apunta a lo

contrario. Es una cuestión de la propia idea de la realidad del género en el punto de desmantelarla. El poder en la sociedad incluye la fuerza legítima y el poder para determinar procesos de socialización decisivos, y por tanto poder para producir la realidad. La distinción entre mujer y hombre no se dibuja simplemente en la realidad percibida, sino que se sobrepone a un cuadro que ya existe en la mente porque existe en el mundo social. Si un estereotipo tiene una base factual, si no es puramente una mentira o una distorsión, sino que ha llegado a ser empíricamente real, no se considera discriminatorio sexualmente. Es una diferencia. Criticar la objetificación sexual como proceso de la desigualdad sexual, por el contrario, es ver la disparidad real como parte de la ofensa de la desigualdad a través de la cual los estereotipos se hacen más profundamente ofensivos en el momento en que se hacen empíricamente reales.

En los casos en el que el tratamiento diferenciado por el sexo no es obvio, la ley de la discriminación exige cada vez con más frecuencia demostrar que un «motivo» o una «intención»<sup>40</sup> animaba la conducta objeto de la acusación. Muy similar al elemento mental en la violación, este requisito define el daño de la discriminación sexual desde el punto de vista de quien lo perpetra. Si no pretendía hacer daño, no hay daño. Si el perpetrador no tenía intención de que sus actos estuvieran basados en el sexo, no lo están<sup>41</sup>. La discriminación es un lapso moral. Las mujeres saben que casi todo el sexismo, por no decir todo, es inconsciente, descuidado, protector, bienintencionado o motivado por un beneficio.

<sup>40</sup> Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney (1979), Véase también Washington v. Davis (1976); U. S. Postal Service v. Aikens (1983).

<sup>41</sup> La ley del acoso sexual ha evitado muchas veces exigir a las mujeres que demuestren que el hombre que les hizo proposiciones sexuales lo hizo con la intención de discriminarlas como mujeres. Katz v. Dole (1983), pero véase Norton v. Vartanian (1983). Los jueces, en su mayoría, han llegado a comprender que las mujeres que son objeto de proposiciones heterosexuales no deseadas no estarían en esa situación si no fueran mujeres. Barnes v. Costle (1977).

No es menos denigrante, dañino o específicamente sexual por no ser «a propósito»<sup>42</sup>. La intención exige una prueba de que los acusados conocen el valor de la mujer pero optan por despreciarlo. Pero el punto en el que la intolerancia es más determinante es el punto en el que no se reconoce a las mujeres como seres humanos completos. Muchas veces, personas de ambos sexos valoran menos el trabajo de la mujer sólo porque saben que lo ha hecho una mujer. Pero no saber que se tienen actitudes sexistas o no saber que están influyendo en los propios juicios se interpreta legalmente como razón de la inexistencia de la discriminación sexual.

De forma similar, la exigencia de pruebas supone efectivamente un universo sin discriminación sexual, el que ocupan sobre todo los hombres, al que las demandantes deben demostrar que ellas y su situación son excepciones. Como contexto dentro del cual evaluar las demandas y sopesar las pruebas, la doctrina permite a las mujeres plantear sus casos para no recibir el beneficio del reconocimiento de que existe la discriminación contra las mujeres. Los acusados sólo tienen que «expresar una razón legítima y no discriminatoria» para que sus acciones<sup>43</sup> recuperen el beneficio de la suposición de que el sistema funciona en general. Y ello a pesar de la prueba de que las mujeres, de forma abrumadora, no prosperan de acuerdo con su capacidad. Esta manera de distribuir la exigencia de pruebas se presenta como neutra y no sesgada y meramente técnica. Dar por supuesto que en general existe la igualdad va en contra de descubrir la des-

<sup>42</sup> Considérese esta discusión de la relación entre las cuestiones genéricas y el motivo: «Para mí está claro que se me negó la tenencia por ser lesbiana. Y también me resulta claro que nadie de los que votaron en contra de esa tenencia pensó que estaba discriminándome por ser lesbiana, sino que cada cual pensó que estaba “tomando una decisión difícil sobre la calidad y la dirección de mi trabajo”»; Judith McDaniel, «We Were Fired: Lesbian Experiences in Academy», *Sinister Wisdom* 20 (Primavera 1982), 30-43.

<sup>43</sup> *Furnco Construction Corp. v. Walters* (1978). Los casos relacionados con la exigencia de pruebas del capítulo VII que tratan de la raza, como éste, son también de aplicación al sexo.

igualdad en casos concretos, con tanta eficacia como dar por supuesta la existencia de la desigualdad va a favor de encontrar la desigualdad en casos concretos. La desigualdad social prepara un terreno neutral: la ley contra ésta debe dar por supuesto que la igualdad o la desigualdad son la norma social. Suponer que en general existe la igualdad y que cada caso planteado es una excepción hace casi imposible lograr la igualdad por ley.

La ley de la discriminación sexual está fundamentalmente degradada por sus conceptos de sexo, igualdad y ley. La estrategia subyacente es concebir el sexo como diferencia; diagnosticar el mal de la desigualdad sexual como diferencias equivocadas; imaginar que se ha alcanzado la igualdad sexual, entendida como la eliminación de las diferencias no reales; y generar reglas a partir de este punto proyectado como estrategia para alcanzarla. Su método reflectante —la ley refleja la realidad del sexo, la realidad de la desigualdad sexual— es la encarnación de esta estrategia. Suponer que pensar legalmente que la situación realmente es igual para hacerla igual es el sentimentalismo del liberalismo. La falta de perspectiva distanciada que logra la deseada ceguera frente a las diferencias sexuales logra también ceguera frente a la desigualdad sexual. Semejante enfoque no puede distinguir el separatismo de la segregación, la no discriminación de la integración forzada ni la diversidad de la asimilación. También se equivoca al diagnosticar lo que los dominantes se juegan para mantener la situación, porque ni el enfoque ni los dominantes saben que son dominantes. Ronald Dworkin, por ejemplo, define el patrón de igualdad del liberalismo como aquel que «no impone ningún sacrificio ni limitación a ningún ciudadano en virtud de un argumento que el ciudadano podría no aceptar sin renunciar a lo que considera igualdad de valía»<sup>44</sup>. Parece que no reconoce que la inferioridad de las mujeres es necesaria, sustantivamente, para la valía masculina en las sociedades desiguales,

<sup>44</sup> Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985), pág. 205.

y que de hecho esto es parte de la razón de que persista la desigualdad sexual.

Todas estas doctrinas —la necesidad de la intención, la distribución de la exigencia de pruebas, pero sobre todo el requisito de una situación similar que recorra la línea del género— niegan tajantemente que la realidad social está dividida por la desigualdad sexual. Esta negativa, que tiene sentido desde el punto de vista masculino, funde el patrón legal de la desigualdad cognoscible con la objetividad como postura epistemológica. La objetividad supone que unos observadores igualmente competentes situados de forma similar ven, o al menos dicen haber visto, la misma cosa. El feminismo cuestiona radicalmente el que los sexos estén alguna vez, en las condiciones actuales, en situación similar aun cuando vivan en las mismas condiciones (cuestiona también algunos de los patrones de la competencia). La línea entre la percepción subjetiva y la objetiva que se supone que separa lo idiosincrásico, lo no repetible, lo religioso, lo parcial y lo improbable —lo no científico— de lo real presupone la existencia de una única realidad objetiva y que no es contingente respecto al ángulo de percepción. Pero si existe la situación de la mujer, hay (al menos) *dos* ámbitos objetivos de significado social. El punto de vista de las mujeres no es más subjetivo que el de los hombres si las mujeres viven una realidad objetiva de discriminación sexual.

En este análisis, las circunstancias sociales, en las que el género es básico, producen intereses distintivos, por tanto percepciones, por tanto significados, por tanto definiciones de racionalidad. Esta observación no reduce el género a pensar de otra forma, lo correcto a la subjetividad relativa ni el principio a saber de quién son las propiedades a las que afecta el sacrificio. Si pone en duda la idea de que la neutralidad, concretamente la neutralidad genérica como expresión de objetividad, es adecuada para la realidad social objetificada y no neutral que las mujeres experimentan. Si la diferenciación fuera el problema, la neutralidad genérica tendría sentido como manera de enfocarla. Puesto que el problema es la jerarquía, no sólo es inadecuado: es perverso.

Al cuestionar la validez de los principios neutrales<sup>45</sup>, este análisis sugiere que la ley actual para rectificar la desigualdad sexual tiene como premisa y favorece su existencia continuada.

El punto analítico de partida y de retorno de la ley de la discriminación sexual es, pues, el punto liberal de las diferencias de género, entendido racional o irracionalmente como origen de las desigualdades genéricas. La cuestión feminista, en cambio, es la jerarquía genérica, que no sólo produce desigualdades sino que da forma al significado social, por tanto a la pertinencia legal, de la diferencia sexual. En la medida en que la biología de un sexo es una desventaja social, mientras que la biología del otro no lo es, o es una ventaja social, los sexos son igualmente diferentes pero no igualmente poderosos. La cuestión pasa a ser el significado social de la biología, no alguna realidad o alguna cualidad objetiva de la propia biología. De modo similar, ambos sexos poseen una sexualidad que ocupa un lugar en la «ética heterosexual». En la medida en que la sexualidad de un sexo es un estigma social, un blanco y una provocación a la violación, mientras que la sexualidad del otro es socialmente fuente de placer, aventura, poder (de hecho, la definición social de potencia) y foco de deificación, entretenimiento, vigor y desrepresión, la sexualidad de cada uno es igualmente diferente, igualmente heterosexual o no, pero no igualmente poderosa desde el punto de vista social. La cuestión relevante es el significado social de la sexualidad y del género de mujeres y hombres, no su sexualidad o su género «en sí», si es que puede hacerse tal distinción. Limitar los esfuerzos para poner fin a la desigualdad genérica en el punto en que surgen la biología o la sexualidad, denominadas diferencias, sin darse cuenta de que éstas existen en la

<sup>45</sup> La definición clásica de «principios neutrales en las sentencias constitucionales» es de Herbert Wechsler, en un ataque contra el Tribunal Supremo por desinstitucionalizar la segregación racial por ley en *Brown v. Board of Education*. Herbert Wechsler, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», 73 *Harvard Law Review*, 1 (1959).

ley o en la sociedad sólo en términos de sus significados sociales específicamente sexuales, equivale a reconocer que la desigualdad genérica puede ponerse en duda siempre que se permita que sigan en pie los pilares del género como sistema de poder.

En tanto éste sea el modo de enfocar estas cuestiones, las exigencias de las mujeres de igualdad sexual parecerán exigencias para tener las dos cosas: lo mismo cuando las mujeres son lo mismo que los hombres y lo distinto cuando son distintas. Pero eso es lo que tienen los hombres: lo mismo y lo diferente también. Lo mismo que las mujeres cuando son lo mismo y quieren serlo y lo diferente cuando son diferentes o quieren serlo, que es lo normal. Igual y diferente también sería paridad. Pero bajo la supremacía masculina, aunque dicen que las mujeres consiguen las dos cosas —el trato especial del pedestal y las mismas oportunidades en la carrera, la posibilidad de ser una mujer y una persona también— son pocas las mujeres que consiguen muchas ventajas de alguna de las dos. La vía de la identidad obvia el hecho de que los índices y las injurias del sexo o del sexismo muchas veces sirven para garantizar que ser simplemente una mujer pueda significar en contadas ocasiones estar en una posición suficientemente similar a la de un hombre para que el tratamiento desigual pueda atribuirse al sesgo por razón de sexo. La vía de la diferencia incorpora y refleja en vez de alterar la sustancia de la situación inferior de la mujer y presenta la trampa de la protección como protección igual de las leyes. De este modo, las formas legales que hay para argumentar las injurias de la desigualdad entre los sexos tapan el género de este punto de referencia de la igualdad al tiempo que impiden eficazmente las reclamaciones por los agravios específicamente sexuales a las mujeres.

Cuando la identidad es el patrón de la igualdad, la crítica de la jerarquía genérica parece una petición de protección especial encubierta. De hecho, contempla un cambio que por primera vez haría posible una sencilla posibilidad de igualdad. Definir la realidad del género como diferencia y la justificación de igualdad como identidad no sólo asegura

que jamás se logrará la igualdad sexual; es un error de dos modos. El sexo en la naturaleza no es una bipolaridad, es un continuo; es la sociedad la que lo convierte en una bipolaridad. Cuando se ha hecho esto, exigir a alguien ser lo mismo que quienes marcan la norma —aquellos para quienes ya se está socialmente definido como diferente— significa sencillamente que la igualdad entre los sexos está concebida conceptualmente en la ley para no ser lograda jamás. Quienes más necesitan un tratamiento igualitario serán *los menos* similares, socialmente, a aquellos cuya situación establece el patrón con el que se mide su derecho a un tratamiento igualitario. Los problemas más profundos de la desigualdad sexual no consideran que la mujer «esté en situación similar» a la del hombre. Las prácticas de la desigualdad no tienen que ser intencionalmente discriminatorias. El *statu quo* sólo precisa ser reflejado sin cambios. Como estrategia para mantener el poder social, descriptivamente hablando, primero estructura la realidad social de forma desigual y luego exige que el derecho a alterarla se base en la falta de distinción en las situaciones; primero estructura la percepción de forma que diferente sea igual a inferior y luego exige que la discriminación sea efectuada por mentes malintencionadas que *saben* que están tratando a sus iguales como inferiores en una sociedad en la que, epistemológicamente hablando, casi todos los intolerantes serán sinceros.

La línea central de la ley de la igualdad da por supuesto que la sociedad ya es fundamentalmente igual. Legalmente da a la mujer sólo lo que socialmente ya tiene, y poco que no pueda dar también a los hombres. De hecho, hacer algo a favor de las mujeres dentro de la ley de la igualdad sexual queda de esta forma estigmatizado como protección especial o como acción afirmativa en vez de reconocerse sencillamente como no discriminación o igualdad por primera vez. Mientras la igualdad sexual esté limitada por la diferencia sexual —ya sea valorada o negada, cercada como terreno del feminismo u ocupada como tierra de la misoginia— las mujeres nacerán, serán degradadas y morirán. La protección será una palabra fea y la igualdad será un privilegio especial.



