

CAPÍTULO CUARTO

ENCUENTROS Y DESENCUENTROS CON LOS *CLS*: OTRAS POSTURAS DE LA CRÍTICA JURÍDICA NORTEAMERICANA

I. DERECHO Y GÉNERO. UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO AL PARADIGMA EMERGENTE

1. *La búsqueda de caminos alternativos a partir del problema de la diferencia en la modernidad*

El problema de la diferencia en la modernidad³⁴⁵ cuestiona la propia idea de igualdad y universalidad, ya que son necesarios nuevos caminos que nos posibiliten salvaguardar la universalidad, al tiempo que permitan incluir las diferencias en el espacio público, que a su vez constituya un reconocimiento a la diferencia sin particularizar y fraccionar el todo, es decir, reconocernos como diferentes.

Ante esta situación, es preciso buscar nuevos paradigmas que brinden otras alternativas para solucionar la dicotomía diferencia-universalidad; por ejemplo, podríamos mencionar los estudios de género, lo que se entiende como una construcción social que denota las insuficiencias de los cuerpos teóricos actuales, y

³⁴⁵ Bajo el pensamiento kantiano, la modernidad trae como consecuencia una forma de construir nuestra realidad basada principalmente en la racionalidad formal y con una aspiración de universalidad. *Cf.*: Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 12a. ed., trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 2000, pp. 49-52.

cómo a partir de la construcción social se han generado las formas de poder; por esta razón, el género repercute en la ética y en la política, al mostrar las desigualdades y lo injustificado de las mismas.

Así, el género constituye una herramienta teórica que nos permite deconstruir nuestra realidad, cuestionar las diferencias y mostrarnos lo contradictorio del discurso esencialista. La construcción de la diferencia genera una realidad injusta, por lo que al cuestionarla se descubre la subordinación que encierra lo masculino sobre lo femenino.

En el presente apartado realizaremos un acercamiento a la perspectiva de género, sus aristas y repercusiones jurídicas, desde la perspectiva de los Estudios Críticos del Derecho, que nos invitan tanto a realizar una relectura de los textos jurídicos como incluso a generar una propuesta de teoría del derecho con un enfoque de género.

Lo anterior nos permitirá apreciar la problemática que representa la desigualdad de género, el papel que juega el derecho en la reproducción de esta desigualdad, e igualmente estaremos en posibilidad de asumir los retos que social y académicamente se requieren para proponer acciones favorables para mejorar esta situación. Esta línea de análisis nos ayudará a determinar hasta qué punto ha progresado la situación de la mujer del siglo XXI respecto de otras épocas o si sólo estamos frente a un discurso, que en el fondo oculta y niega la sumisión y explotación de la mujer, un tema que ciertamente nos invita a una constante y seria reflexión.

2. Enfoque histórico-jurídico de los estudios de género

El siglo XX ha sido en realidad un siglo corto, en virtud de una serie de acontecimientos y retrocesos de la humanidad, especialmente en el ámbito tecnológico y bélico. Por su parte, la sociedad ha sufrido cambios radicales, fundamentalmente en el

papel de la mujer y el hombre en la segunda parte del siglo XIX y todo el XX.

Con la Revolución Industrial encontramos una nueva concepción de trabajo, de sociedad, e incluso de orden jurídico.³⁴⁶ De esta manera, los papeles del hombre y de la mujer se vieron modificados sustancial y principalmente en la exigencia de la mano de obra industrial, lo que obligó a la participación activa de la mujer. Pese a dicha participación activa en el ámbito laboral, político y social, la mujer aún se encuentra en desventaja en un mundo patriarcal, en donde se ve limitada en su actuar jurídico-político.

Más allá de asumir una actitud pesimista en torno al rol de la mujer, dada la evidente exclusión, represión, desigualdad y discriminación que la perspectiva histórica nos ofrece,³⁴⁷ es menester asumir con mayor convicción, firmeza y determinación los compromisos que política, social, moral y culturalmente se requieren para consolidar una sociedad justa y equitativa.

Por ello, el feminismo comienza a gestarse como movimiento político de la igualdad civil, el cual exige el respeto de sí misma de cada mujer,³⁴⁸ y equiparar los derechos del hombre frente a la mujer, que en los países industrializados logró como una primera victoria el derecho al voto en la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, el tratamiento igual de la ley; es decir, la creencia de que cambiará el papel social de la mujer ante el otorgamiento de una serie de derechos y obligaciones, no soluciona la discriminación de la mujer. Esto conlleva a replantear el feminismo en una perspectiva nueva desde un enfoque de trato desigual,

³⁴⁶ Hobsbawm, Eric, *En torno a los orígenes de la Revolución Industrial*, 29a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2004.

³⁴⁷ Anderson, Bonnie S., *Historia de las mujeres: una historia propia*, Barcelona, Crítica, 2007; Rivera Garretas, María-Milagros, *La diferencia sexual en la historia*, Valencia, Universitat de Valencia, 2005.

³⁴⁸ MacKinnon, Catherine A., "The Sexual Politics of the First Amendment", *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 206.

lo cual implica la idea de la diferencia, debido a que el trato igual no soluciona la discriminación; al contrario, la reafirma ahora con una nueva máscara.

A partir de la complejidad de las sociedades y de la tecnología, nos enfrentamos a retos nuevos para el estudioso del derecho. Es en este siglo XX cuando encontramos el concepto de género como un constructo de la identidad social del individuo respecto a sus preferencias, creencias, sentimiento, valores y formas de relacionarse con los otros para así determinar su comportamiento debido en sociedad.

En esta tesitura, el género no se constriñe únicamente a hombres y mujeres biológicamente hablando, sino que encierra una herramienta para entender los procesos sociales de los individuos e identificarlos como una construcción social. De esta manera, los estudios de género proponen un nuevo paradigma para lo social, al replantear conceptos y modelos que tradicionalmente se consideraban suficientemente explorados.

Bajo esta dinámica, se buscar reivindicar el papel de la mujer en la sociedad, darle voz y ser reconocida plenamente por el derecho,³⁴⁹ a efecto de que pueda participar activamente en la vida política, económica, social y cultural. En esta empresa, el enfoque de género, inicialmente acogido dentro de los *CLS*, denuncia aquellas circunstancias que impiden una igualdad y equidad de género, un problema que tiene ancladas raíces históricas, como se aprecia de la exclusión de la mujer en el propio discurso de la Constitución de los Estados Unidos de América,³⁵⁰ y que por su condición se encontraba explícita-

³⁴⁹ En la perspectiva de Peter Goodrich, el empleo de los conceptos de la lógica y el sistema exige una crítica psicoanalítica del derecho, a efecto de dar voz y objetividad a aquellas subjetividades, géneros, lugares o etnicidades que el derecho positivo niega u oculta. De esta manera, se busca que el derecho reconozca al “otro” e identificar las condiciones de diferencia, lugares, ocasiones, energías y enfoques institucionales en los que pueda aparecer la diferencia. *Cfr.* Goodrich, Peter, *op. cit.*, nota 224, pp. 240 y 241.

³⁵⁰ MacKinnon, Catherine A., *op. cit.*, nota 348, pp. 206 y 207.

mente fuera de la protección de los derechos y de la participación política.³⁵¹

En la perspectiva de Annette Lyth, bajo este enfoque es posible enmarcar dos proyectos, siendo el primero desenmascarar y criticar el patriarcado oculto detrás de un derecho “sin género”, y en un segundo proyecto ubicamos la realización de lo que se podría considerar como una reconstrucción de la teoría jurídica.³⁵² En esta empresa, la autora destaca la importancia de aplicar la metodología feminista en el análisis de la legislación y su implementación, y en el cual se cuestionen aspectos tales como descubrir los intereses patriarcales privilegiados en el derecho; determinar las áreas en las que se niega o distorsiona la perspectiva femenina, y a partir de ahí considerar el tipo de reformas requeridas para acoger dicha perspectiva, considerando las repercusiones prácticas e ideológicas en la mujer.³⁵³

Sin embargo, la denuncia que formulan las representantes de los estudios de género tiene algunas divergencias con relación a los *CLS* (de cuya agenda se consideraban incluso excluidas), y en este sentido adquiere una identidad propia, bajo lo que inicialmente se concibió como un feminismo crítico.³⁵⁴ A manera de ejemplo, las divergencias respecto de los *CLS* las encontramos en que la incoherencia e indeterminación impiden la adopción de una teoría comprehensiva sobre la dominación. De igual forma, se acusa a los miembros de los *CLS* de adoptar acríticamente la idea de que el problema de la sexualidad radica en la represión y no en la dominación.³⁵⁵

³⁵¹ Dworkin, Andrea, *For Men, Freedom of Speech; For Women, Silence Please*, disponible en <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/WarZoneChaptIVE.html>.

³⁵² Acerca del tema de la teoría jurídica reconstructiva, véase Harris, Angela P., “The Jurisprudence of Reconstruction”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 82, tema 4, 1994, pp. 766-784.

³⁵³ Lyth, Annette, “Where are the Women?- A Gender Approach to Refugee Law”, en Ziemele, Ineta (ed.), *Expanding the Horizons of Human Rights Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, vol. 1, pp. 110-112.

³⁵⁴ García Villegas, Mauricio *et al.*, *op. cit.*, nota 6, pp. 37-47.

³⁵⁵ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

Este feminismo propone que la raíz de la subordinación de las mujeres radica en que los hombres tienen el poder sobre la sexualidad y la reproducción, e igualmente conciben al derecho como una herramienta de dominación y legitimación, y que por tanto no puede ser neutral.³⁵⁶ Al ubicar la raíz de la opresión en el sexo y la reproducción, el feminismo crítico no sólo explica la opresión y sus mecanismos, sino que exige, además, que la lucha política se oriente a combatir la raíz del problema en lugar de concentrarse en sus síntomas.³⁵⁷

Como se puede apreciar, la crítica en comento se erige como una lucha que pretende reivindicar la posición de la mujer en la sociedad. Así, se busca denunciar las circunstancias que representan un factor de opresión y sometimiento. De esta manera, se intenta dar una perspectiva distinta del mundo, a partir de la cual sea posible proponer cambios en los distintos ámbitos sociales que brinden el debido reconocimiento a la mujer. Precisamente uno de los ámbitos en los que se pretende incidir es en el derecho, tema que brevemente abordaremos en el siguiente apartado.

3. Inclusión de la mujer en la creación, interpretación y aplicación del derecho

Existen determinados temas en los cuales aparentemente habría un consenso respecto de la afectación a la sociedad, como la pornografía, la violación, el aborto, el acoso sexual, el tráfico de personas, la prostitución, el secuestro, la desigualdad y la discriminación, y que, por cierto, las mujeres y los niños son los más propensos a ser víctimas de tales conductas.

Ante esta problemática, parecería que la ley, en sentido amplio, bajo las notas de generalidad y abstracción, es suficiente para regular y sancionar aquellas conductas que atenten contra la libertad, la igualdad, la integridad y la dignidad de las personas. Sin embargo, en ocasiones el compromiso político del legis-

³⁵⁶ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 41.

lador y el juzgador, además de la arraigada virilidad de la moral y la cultura, es indiferente a las repercusiones biológicas, psicológicas, sociales y culturales que se ocultan tras dichas conductas. Esta indiferencia a la postre impide concebir las posibles soluciones y alternativas que puede ofrecer el derecho como solución a la problemática mencionada en el párrafo anterior.

Visto desde esta perspectiva, el feminismo crítico cuestiona al derecho en tanto que éste reproduce las condiciones de la opresión de las mujeres, tanto material como discursivamente, por lo que el derecho produce y reproduce la jerarquía de género.³⁵⁸

En este punto, el enfoque de género nos invita a reflexionar acerca de la “moral” que informa la legislación, interpretación y aplicación de la norma jurídica, y junto con ello cuestionar hasta qué grado son incluyentes el derecho y el Estado mismo.

La reflexión parte de que vivimos en una sociedad organizada bajo la superioridad del hombre sobre la mujer, que pretende respaldarse sobre fundamentos divinos o naturales.³⁵⁹ Como lo apunta Catherine A. MacKinnon, el punto de vista masculino generalmente es el que privilegia para ocuparse de la moral que se concretará en la legislación, la cual “puede ser vista como coherente con los intereses del poder masculino cobijado por una perspectiva neutral del bien y el mal desde el punto de vista de género”.³⁶⁰

Siguiendo la postura en cuestión, encontraremos que esta moralidad masculina “ve como bueno aquello que le permite mantenerse en el poder y como malo aquello que lo reduce o limita, o aquello que cuestiona su absolutismo”.³⁶¹ Es en este punto en donde veremos un primer conflicto entre la perspectiva masculina y la feminista, en tanto que lo que la moralidad

³⁵⁸ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

³⁵⁹ Dworkin, Andrea, *Pornography and Male Supremacy*, disponible en <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/WarZoneChaptIVH.html>.

³⁶⁰ MacKinnon, Catharine A., “La pornografía no es un asunto moral”, en Mackinnon, Catherine A. y Posner, Richard, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 52.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 54.

masculina encuentra de nocivo, esto es, lo que amenaza su poder, es considerado inofensivo por la política feminista, y por el contrario, lo que ésta identifica como esencial en la subordinación femenina, como lo es la erotización de la dominación y subordinación, la moralidad masculina lo encuentra inofensivo o, incluso, lo defiende como algo realmente valioso, y por lo tanto, como una forma de expresión que debe ser protegida.³⁶²

En este orden de ideas, el bien y el mal están concebidos desde una perspectiva masculina, a la que se le pretende dar efectos generales y universales. El papel de la mujer, en todo caso, se limita a una mera subordinación, que prácticamente tiene que ajustarse al discurso del poderoso. Tenemos así, como afirma Catherine A. MacKinnon, “una sociedad en la que existe desigualdad de géneros, el discurso del poderoso impone su visión del mundo ocultando la verdad de los impotentes bajo esa aquiescencia desesperada que provee la apariencia de consentimiento y hace a la protesta inaudible y escasa”.³⁶³

Bajo esta tesitura, sería menester cuestionar el papel del derecho, en el sentido de si reproduce esa desigualdad de géneros —bajo las instituciones y normas jurídicas—, si busca mejorarla o si, en su caso, es indiferente.

La respuesta a esta interrogante trasciende cualquier criterio cuantitativo bajo el cual podríamos agrupar la legislación y los instrumentos internacionales que se han dado en las últimas décadas tendientes a proteger a la mujer,³⁶⁴ ya que en tanto se mantenga el estatus (de inferioridad) de la mujer frente al hombre, ninguna reforma será suficiente para dar una auténtica protección a la mujer.³⁶⁵

³⁶² *Idem.*

³⁶³ *Ibidem*, p. 60.

³⁶⁴ Schneider, Elizabeth M., “La violencia de lo privado”, trad. de Mariana Campos, en Di Corleto, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*, Santiago de Chile, Editorial Librería, Red Alas, 2010, pp. 44-55.

³⁶⁵ Entre las críticas que se formulan a la supuesta protección de la mujer por la ley, encontramos a Andrea Dworkin, quien cuestiona si tal protección cons-

La decisión judicial es otro de los ámbitos que aparentemente no ha dimensionado adecuadamente el impacto que reviste la interpretación y aplicación de la ley desde una perspectiva de género, y sus repercusiones en el ejercicio y goce de los derechos.³⁶⁶

Vista la temática anterior, es posible constatar cómo el análisis de la legislación y de la decisión judicial trasciende del estudio del lenguaje y de la lógica jurídica empleados. Es menester cuestionar qué tanto representan un espejo del *statu quo* por lo que al ámbito económico, político y social refiere, y hasta qué punto su contenido representa la visión de la dominación masculina, a que refieren los estudios de género.³⁶⁷

Esta perspectiva nuevamente nos invita a reflexionar que el problema del género en la creación, interpretación y aplicación del derecho exige una revisión en torno a la vinculación del derecho con la política, con la moral y el con resto de las actividades humanas.³⁶⁸ Es así como nuevamente podemos constatar las múltiples interrogantes e inquietudes que subsisten en el derecho, lejos de ese optimismo y confianza depositada en aquél para controlar y dar un orden coherente, equitativo y armónico a la sociedad.

tituye una preocupación, por su persona como tal —el ámbito privado— o si, en su defecto, tan sólo se trata de actuar contra el maltrato, visto como un daño público, lo que dejaría intacto el concepto de privacidad, que permite, alienta y refuerza la violencia contra la mujer. *Cfr.* Dworkin, Andrea, *Intercourse: Occupation/Collaboration*, disponible en <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/IntercourseI.html>.

³⁶⁶ Schneider, Elizabeth M., “The Changing Shape of Federal Civil Pretrial Practice: The disparate Impact on Civil Rights and Employment Discrimination Cases”, *University of Pennsylvania Law Review*, Filadelfia, vol. 158, tema 2, enero de 2010, pp. 557-570.

³⁶⁷ Sobre las perspectivas feministas de análisis al derecho, véase Olsen, Frances, “El sexo del derecho”, trad. de Mariela Santoro y Christian Courtis, en Ruiz, Alicia (comp.), *La identidad femenina y el discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 26-44.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 44.

4. El estudio en el derecho a partir del enfoque de género

El enfoque de género nos invita a dar una mirada sobre la identidad y rol de los distintos sujetos dentro de la sociedad, y la manera en que el derecho tiene que reconocer las pretensiones de los mismos. Después de todo el derecho es un producto social que requiere un mayor involucramiento con los distintos agentes que interactúan en la sociedad. En el presente numeral abordaremos cómo la dinámica de la sociedad impone nuevos retos para los estudios de derecho y género, los cuales deben ser objeto de un pormenorizado análisis jurídico que conlleve a ampliar la protección y reconocimiento de las personas.

A. La sociedad compleja, retos nuevos para los estudios de derecho y género

Nuestra sociedad contemporánea se caracteriza por la comunicación, el avance de la tecnología y la presentación de situaciones nunca antes planteadas de una manera tan abierta. Sólo por mencionar algunos casos, podríamos señalar: las parejas del mismo sexo, las personas que se someten a operaciones de “cambio de sexo”, la transexualidad, o las personas que asumen un género diferente a su aspecto biológico sexual y solicitan que la ley les reconozca su identidad, ya sea femenina o masculina, sin que ellas se hayan sometido a algún tratamiento médico.

Antes estas situaciones, el derecho tradicional y su legislación parecerían ser insuficientes para dar respuesta o solución integral a dichas cuestiones, lo que origina situaciones de discriminación jurídico-sociales. Por su parte, el abogado carece igualmente de herramientas conceptuales y metodológicas que le permitan dar una respuesta a los problemas que se presentan; tal pareciera que se quisiera omitir a la realidad misma.

Este tipo de circunstancias nos exhortan nuevamente a involucrarnos con la sociedad y redimensionar el papel del derecho, a efecto de adquirir conciencia sobre los problemas sociales, e idear

propuestas tendientes a acoger esas preocupaciones. Los estudios de género nos proporcionan una serie de categorías, conceptos y herramientas técnicas y metodológicas que nos permitan comprender íntegramente la dinámica social y los retos que el derecho debe enfrentar.

B. *Los estudios de género en el análisis jurídico*

El derecho como producto social no está aislado del enfoque de género. Al contrario, esta perspectiva es de gran utilidad en el estudio del derecho, ya que usualmente ha estado dominado (en nuestro medio) por la visión naturalista o la kelseniana; sin embargo, el género permite analizar al derecho mismo y su pragmática, brindándonos nuevas vías de estudio.

La perspectiva de género implica ver al derecho como un producto paternalista, discriminador de las diferencias, creado en un contexto histórico-social determinado.³⁶⁹ Así, el derecho se constituye como un instrumento de dominación que no sólo fomenta la discriminación, sino que la encubre en el discurso de la igualdad jurídica, en tanto que encierra una normatividad encaminada a mantener la exclusión de la mujer.

Por lo tanto, los estudios de género enfocados al derecho abarcarían cuatro grandes puntos: *a* una revisión de las instituciones jurídicas; *b* una relectura de los textos jurídicos; *c* la crítica al discurso de igualdad de géneros, y *d* generar una propuesta de teoría del derecho con un enfoque de género,³⁷⁰ los cuales desarrollaremos a continuación:

³⁶⁹ En la perspectiva de Catherine A. Mackinnon, la desigualdad de géneros parte de una relación socialmente construida entre el poder —lo político— y el conocimiento de la verdad y la realidad —lo epistemológico—. Cfr. MacKinnon, Catherine A., *op. cit.*, nota 360, p. 47.

³⁷⁰ Jaramillo, Isabel Cristina, “La crítica feminista al derecho”, en West, Robin L., *Género y teoría del derecho*, trad. de Pedro Lama Lama, Bogotá, Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2000, pp. 55 y ss.

a. Una revisión de las instituciones jurídicas

Si analizamos algunas de las instituciones o figuras que los abogados estudiamos tradicionalmente, podremos percatarnos de que gran parte del conocimiento se asimila casi mecánicamente, sin reflexionar sobre su contenido y trascendencia, o, en su defecto, sólo se emplean herramientas conceptuales que no son acordes con el mundo contemporáneo.

Por ejemplo, el derecho de familia es un campo donde los estudios de género nos brindan una nueva visión. El matrimonio es un caso, que generalmente es regulado de acuerdo con el tipo de pareja heterosexual; con ello, el matrimonio sólo abarca un campo limitado de la pareja, que es el biológico o sexual, excluyendo o discriminando otras formas alternativas de convivencia.³⁷¹ Asimismo, los “fines” tradicionales del matrimonio han sido el “débito carnal”, la perpetuación de la especie, o simplemente la procreación; es decir, se mantiene una visión cerrada de la vida en pareja, y en donde han sido pocos los cambios que han tratado de remediar parcialmente esta situación.

Otro caso lo constituye la patria potestad, que tradicionalmente encierra un dominio o control paterno sobre los hijos, situación que sucede aún en muchos hogares, aun cuando la propia ley faculta al hombre como a la mujer a ejercer ese derecho.

Así, los estudios de género nos invitan a reflexionar acerca de las formas de convivencia alternas que la legislación omite considerar, así como los efectos sociales que dicha omisión conlleva. De esta manera, es posible formular diversos proyectos que incidan en la política legislativa, ejecutiva y judicial, y que a su vez sienten las bases para consolidar una justicia de género.³⁷²

³⁷¹ Sobre la crítica de los apoyos gubernamentales a los matrimonios, y la exclusión de otras formas de convivencia, véase West, Robin L., “The Incoherence of Marital Benefits”, *University of Pennsylvania Law Review Online*, vol. 161, 2013, pp. 182-189, disponible en <http://www.pennlawreview.com/essays/3-2013/West.pdf>.

³⁷² Acerca de la justicia de género, véase Okin, Susan, “Justice and Gender”, en Sterba, James P. (ed.), *Justice. Alternative Political Perspectives*, 3a. ed., Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1999, pp. 266-282.

Un campo jurídico adicional en el que se puede realizar una revisión amplia a las instituciones es el derecho penal, especialmente en el ámbito de los delitos sexuales, donde encontramos regulaciones jurídicas totalmente basadas en un concepto de diferenciación biológica de los individuos.

El delito de violación encierra una concepción fálica, al diferenciar las conductas típicas por la introducción o no del pene en el sujeto “pasivo del delito”; otra situación es el delito de estupro como se regulaba en el Código Penal Federal, en donde el bien jurídicamente protegido era la inexperiencia sexual de la mujer “casta y honesta”, lo que implicaba que la mujer fuera vista como un sujeto incapaz de comprender su propia sexualidad y la idea paternalista de proteger su “inocencia”.

No hay que olvidar los criterios jurisprudenciales generados para interpretar con una visión masculina el concepto de castidad, entendida en tres sentidos: *a)* la mujer “virgen” que nunca ha tenido relaciones sexuales; *b)* la mujer casada que sólo mantiene relaciones sexuales con su cónyuge, y *c)* la mujer viuda que (muerto su esposo) nunca más ha tenido un contacto sexual.

Otro ejemplo de revisión de las instituciones lo constituye la legislación electoral, al obligar a los partidos políticos a designar a mujeres en puestos de elección popular, en un porcentaje determinado, con objeto de “asegurar la participación política de la mujer”, aspecto que en vez de “dignificar” a la mujer representa un reconocimiento explícito de una sociedad que discrimina el actuar político de los individuos.

Desde luego, sería interminable enunciar las normas e instituciones que merecerían un análisis pormenorizado desde una perspectiva de género. Lo que en todo caso nos interesa destacar, es que los estudios de género nos aportan elementos de crítica a la sociedad y al derecho mismo, bajo los cuales es posible idear un programa propositivo suficiente para integrar debidamente a la mujer en la vida política, económica, social y cultural.

b. Una relectura de los textos jurídicos

Si por texto entendemos el medio por el cual se transmite un contenido de conciencia a otro individuo, en nuestro sistema jurídico la norma tiene un papel fundamental en los estudios de género.

La revisión de nuestros ordenamientos nos mostrará varios elementos discriminadores en virtud del género, tales como expresiones ambiguas que permiten una discrecionalidad que fomenta la exclusión, la ausencia de regulación de situaciones sociales o el análisis del discurso oculto detrás de las instituciones jurídicas que nos permitirán cuestionar hasta qué grado el derecho favorece u obstaculiza los ideales progresistas.³⁷³ Así, con la relectura de los textos jurídicos estaremos en posibilidad de identificar aquellos elementos que impiden dar una respuesta jurídica social en torno al género.

c. La crítica al discurso de igualdad de géneros

El artículo 4o. de la Constitución federal prescribe la igualdad del varón y la mujer ante la ley, la cual protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Una pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿sólo porque la ley prescribe la igualdad de la mujer y el varón, ésta sucede en la realidad social?

Es muy común en el derecho el uso del lenguaje performativo o realizativo, que implica creer que una situación acontece en la realidad porque así lo dispone la ley. Si nos encerramos en un mundo normativo, podríamos llegar a la conclusión de que vivimos en una sociedad ideal; es necesario, entonces, superar este criterio, que impide apreciar lo complejo de nuestras relaciones humanas; por lo tanto, preceptos como el artículo 4o. constitucional, encierran el reconocimiento tácito de que existe una discriminación real, que no desaparece porque la ley lo dice.

³⁷³ West, Robin L., “Constitutional Scepticism”, en West, Robin L. (ed.), *Rights*, Aldershot-Burlington, Ashgate-Dartmouth, 2001, pp. 359-365.

Es en este punto donde adquiere una particular importancia retomar aquellos proyectos políticos, teóricos y morales que nos aporten elementos pragmáticos y vivenciales tendientes a concretar una justicia entre géneros³⁷⁴ más allá de principios concretados en la norma jurídica o precedentes que desatienden la magnitud de las relaciones sociales.

Así, bajo el enfoque de género no basta con que el texto de la ley reconozca una situación determinada o concrete un principio determinado, ya que, ciertamente, se requiere analizar las circunstancias histórico-sociales que giran en torno a dicha situación. Sólo así estaremos en posibilidad de evaluar hasta qué grado los poderes públicos, las organizaciones y asociaciones civiles, y la ciudadanía en general, se comprometen con el bienestar e igualdad de determinados sectores de la sociedad.

d. Generar una propuesta de teoría del derecho con un enfoque de género

Los lineamientos que podríamos señalar para construir una teoría del derecho desde la perspectiva de género exigen una base epistemológica, una conceptual y una metodológica.

La base epistemológica encierra la generación del conocimiento con un sustento histórico social; es decir, el derecho como

³⁷⁴ Robin West expone las limitaciones del derecho y la importancia de considerar proyectos de carácter político, teóricos y morales en temas como la justicia reproductiva. Así, más allá de garantizar los derechos reproductivos de la mujer, en exigencias constitucionales o principios “atemporales”, es preciso considerar aspectos de carácter pragmático, político y temporales, tendientes a asegurar que la propia mujer elija libremente el ejercicio de su sexualidad, al ser quien asume los riesgos, cargas y responsabilidad de ser madre, por ejemplo, y no su esposo, padre o comités médicos. Generalmente en los foros legislativo y popular es en donde puede tener mayor impacto la argumentación de la justicia reproductiva de la mujer, que pueda contribuir a un mejor nivel de vida y una mayor integración con su familia y centros de trabajo. *Cfr.* West, Robin L., “From Choice to Reproductive Justice: De-constitutionalizing Abortion Rights”, *Yale Law Journal*, Connecticut, vol. 118, mayo de 2009, pp. 426-432.

objeto de estudio y el lenguaje científico deben ser comprendidos como productos históricos y, como tales, estar en la posibilidad de cambiar o modificarse. De igual forma, el ámbito argumentativo juega un papel importante en tanto que implica el sustento de las posturas teóricas que realice el estudioso del derecho.

Los conceptos, como representaciones lingüísticas de las ideas, deben brindar una explicación de la actualidad social, que a su vez permitan la creación de nuevos conceptos para continuar el estudio el análisis de género de una manera actualizada y flexible ante una sociedad compleja.

Por otro lado, la parte metodológica implicaría el uso de investigaciones tanto bibliográficas; es decir, una investigación teórica de relectura de textos y crítica de género, así como aquellas referidas a la investigación de campo,³⁷⁵ que determine los alcances de la discriminación misma de los individuos y la teorización de los datos obtenidos en la práctica. De esta manera, entraríamos en contacto con las preocupaciones auténticas de las personas, para buscar su incorporación, reconocimiento y protección en la norma jurídica.

5. *Género y derecho. Una propuesta de estudio*

Hoy en día el abogado debe estar permanentemente actualizado, no sólo en lo que a cambios legislativos y jurisprudenciales se refiere, sino también en los nuevos paradigmas de la ciencia jurídica, que le permitan analizar su mundo y generar propuestas de estudio y análisis de situaciones actuales.

El estudio del derecho y el género proporciona una visión diferente de nuestra sociedad, de ahí que el estudioso del derecho no debe estar ajeno a este paradigma emergente el conocimiento jurídico.

³⁷⁵ Acerca de las propuestas de investigación relacionadas con el feminismo, véase Dragiewicz, Molly, "A Left Realist Approach to Antifeminist Fathers' Rights Groups", *Crime, Law and Social Change. An Interdisciplinary Journal*, Boston, vol. 54, núm. 2, septiembre de 2010, pp. 202-209.

Al efecto, hemos propuesto la creación de un curso monográfico denominado género y derecho, como una materia optativa en el décimo semestre de la licenciatura en derecho, que permitirá reflexionar sobre los siguientes contenidos:

- 1) El feminismo como fundamento del estudio de género.
- 2) El género como constructo social.
- 3) Género y derecho, un enfoque multidisciplinario.
- 4) El derecho como producto masculino.
- 5) La metodología de trabajo en los estudios de género y derecho.
- 6) La crítica a las instituciones jurídicas.
- 7) La propuesta teórica a partir de los estudios de género.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de reconocer que dentro de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México se han dado grandes avances tendientes a lograr la equidad de género, que comprenden desde la política de igualdad y equidad,³⁷⁶ hasta la creación de la especialidad de género y derecho³⁷⁷ en la División de Estudios de Posgrado de la misma Facultad.

La importancia de incorporar el estudio del género al análisis jurídico implica una revisión de nuestro trabajo cotidiano y del conocimiento aprendido en las aulas, bajo el cual el fenómeno jurídico se comprenda no sólo en un sentido normativista, sino que permita explorar nuevos campos de saber.

³⁷⁶ Los avances en materia de equidad de género se pueden ver en <http://www.derecho.unam.mx/>.

³⁷⁷ La especialidad de género y derecho comprende como asignaturas obligatorias: feminismo y teoría de género; historia de los derechos de las mujeres; instrumentos internacionales de la protección del derecho a la mujer; la mujer en el derecho positivo mexicano; género y salud; discriminación y violencia de género; estrategias para la equidad de género; infancia y género; impartición de justicia con perspectiva de género. Los programas de actividades académicas del plan de estudios de la especialización de género y derecho pueden consultarse en http://www.derecho.unam.mx/transparencia/pdf/xviplanesyprogramas/especialidad/d_genero/geneyderecho.pdf.

Sin duda alguna este enfoque abrirá rutas de estudio en el ámbito jurídico y nos permitirá analizar lo más importante del conocimiento social, que es el individuo mismo, y su relación con los otros.

De esta manera, la Facultad de Derecho de la UNAM no puede estar al margen de este enfoque de estudio, sino al contrario, en trabajo conjunto con otras dependencias universitarias (especialmente con el Programa Universitario de Estudios de Género) debe fomentar el análisis multidisciplinario que enriquezca el conocimiento jurídico social, así como formar a los nuevos abogados en las actuales corrientes de pensamiento, que le ayuden a comprender su mundo y para actuar con conocimiento de causa.

Los estudios de género y derecho abarcan todo el ámbito jurídico, y nos proporcionan las herramientas para formar nuevas vías de conocimiento y proponer respuestas ante los retos que se presentan en la sociedad. No dejemos este camino olvidado; al contrario, continuemos en él para comprender nuestro mundo complejo.

6. *Reflexiones finales en torno a los estudios de género*

El feminismo crítico, como escisión de los *CLS*, se suma a la búsqueda de caminos alternativos para solucionar la dicotomía entre la diferencia y la universalidad, a fin de reivindicar el papel de la mujer en la sociedad.

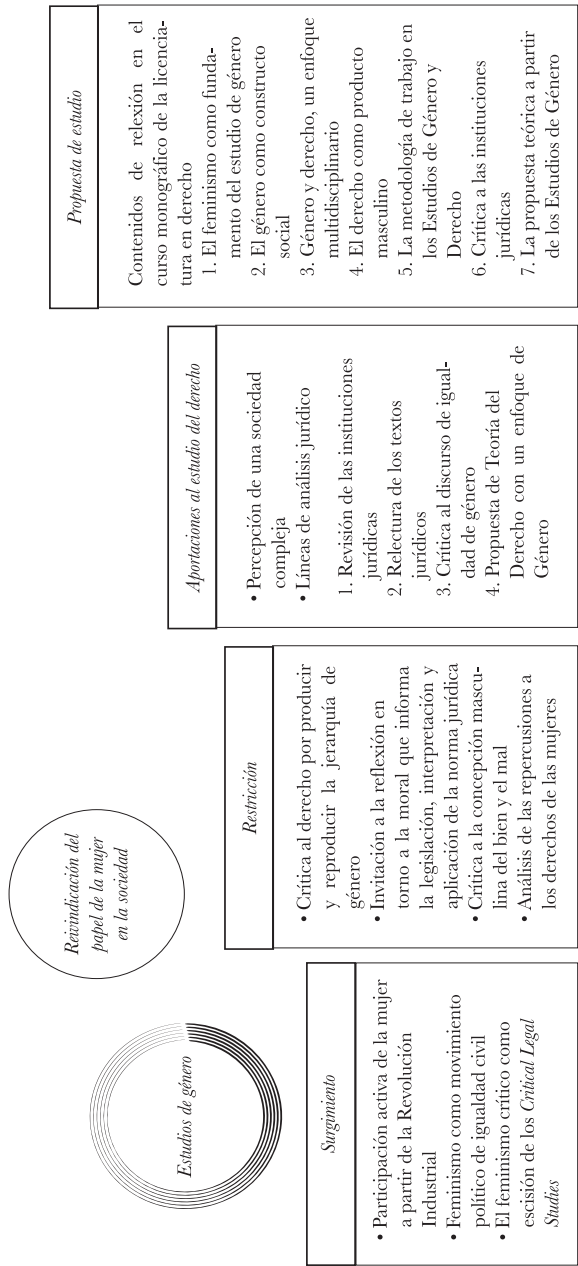
Bajo el pensamiento de autoras como Catherine A. Mackinnon, Robin West, Andrea Dworkin, por citar algunos ejemplos, encontramos temáticas referentes a la crítica al derecho por producir y reproducir la jerarquía de género, cuestionamiento al tipo de moral (masculina) contenida en la legislación, interpretación y aplicación de la norma jurídica, la crítica a la concepción masculina del bien y el mal, y el análisis de los derechos de las mujeres.

La temática anterior ofrece líneas interesantes de análisis jurídico, entre las que ubicamos la revisión de las instituciones jurídicas, la relectura de los textos jurídicos, la crítica al discurso de igualdad de género, y una posible propuesta de la teoría del derecho con un enfoque de género.

Un primer paso para adentrarnos en la reflexión jurídica de los estudios de género estaría representado por la inclusión de un curso monográfico en la licenciatura en derecho, en el cual se estudie el feminismo como fundamento del estudio de género; éste como constructo social; el enfoque multidisciplinario de género y derecho; el derecho como producto masculino; la metodología de trabajo en los estudios de género y derecho; la crítica a las instituciones jurídicas, y una propuesta teórica a partir de los estudios de género.

Con lo anterior, apreciamos que los estudios de género brindan elementos interesantes de reflexión y análisis para determinar la problemática y los retos que subyacen en la desigualdad entre hombres y mujeres, y así tener una sociedad más inclusiva y equitativa.

ESQUEMA 4. LOS ESTUDIOS DE GÉNERO EN LA BÚSQUEDA DE CAMINOS ALTERNATIVOS
PARA SOLUCIONAR LA DICOTOMÍA ENTRE DIFERENCIA-UNIVERSALIDAD



El esquema 4 expone brevemente el surgimiento de los estudios de género, los aspectos en los cuales se centra el reconocimiento de la mujer en el derecho, las aportaciones de dichos estudios al derecho, así como la propuesta de estudio en la licenciatura.

II. *CRITICAL RACE THEORY*. (TEORÍA CRÍTICA DE LA RAZA). LA CRÍTICA RADICAL A LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO Y LA SOCIEDAD NORTEAMERICANA

1. *Generalidades*

Cornel West señala que la Teoría Crítica de la Raza es el desarrollo más excitante en los estudios jurídicos contemporáneos. Este movimiento comprensivo en pensamiento y vida (creado primariamente a través de no sólo por intelectuales progresistas de color), nos obliga a confrontar críticamente el tema más explosivo en la civilización norteamericana: la centralidad histórica y complicidad del derecho en defender la supremacía blanca (y jerarquías concomitantes de género, clase y orientación sexual).³⁷⁸

La Teoría Crítica de Raza (en adelante *Critical Race Theory*, *CRT*) constituye un apartado importante dentro de los estudios críticos norteamericanos de la segunda mitad del siglo XX. Si bien la *CRT* tiene sus lazos con los *CLS*, indudablemente muestra sus diferencias y críticas severas contra éstos. Dicha teoría la sostienen una serie de activistas y académicos interesados en estudiar y transformar la relación entre raza, racismo y poder.

Cabe señalar que el movimiento comprende varios de los mismos temas que ocupan los derechos civiles convencionales, y los estudios étnicos, los cuales se colocan en una perspectiva más amplia, que incluye economía, historia, e incluso los sentimientos y el inconsciente. A diferencia de los derechos civiles tradicionales, que abarcan un incremento y un progreso paso por paso, la Teoría Crítica de la Raza cuestiona los fundamentos del orden liberal, incluyendo la teoría de la equidad, el razonamiento jurídico, el racionalismo ilustrado, y los principios neutrales del derecho constitucional.³⁷⁹

³⁷⁸ West, Cornel, "Foreword", en Kimberlé, Crenshaw *et al.*, *Critical Race Theory: The Key Writings that formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995, p. XI.

³⁷⁹ Delgado, Richard y Stefancic, Jean, *Critical Race Theory; An Introduction*, p. 1, disponible en www.odec.umd.edu/CD/Race/CRT.PDF

En el presente apartado daremos un panorama breve de las circunstancias políticas y sociales en las que surgen los Estudios Críticos de Raza, su vinculación con los Estudios Críticos del Derecho, e igualmente analizaremos los enfoques principales de dichos Estudios de Raza, lo que en conjunto nos invita a reflexionar sobre una manera distinta de concebir al derecho y la práctica jurídica cotidiana, y cuestionar hasta qué punto es posible hablar de la concreción de los principios de universalidad, generalidad, igualdad e imparcialidad en el derecho, o si en su defecto tan sólo se trata de una apariencia o un ideal irrealizable.

2. El anhelo de transformación y cambio en la gestación de los Estudios Críticos de Raza

En el contexto norteamericano de la década de los sesenta surge el movimiento por los derechos civiles y una larga serie de grupos y posiciones que buscan reivindicar el papel de los afroamericanos dentro de la misma sociedad norteamericana, los cuales eran considerados en un segundo plano. La *CRT* nos presenta una visión de la América basada en la discriminación y la desigualdad desde su mismo origen, ya que si analizamos la historia de los Estados Unidos de América, encontraremos una supremacía blanca y una segregación racial que tiene sus bases en la esclavitud moderna, que se mantuvo aún después de constituirse como un Estado libre.

Por lo anterior, constantemente la *CRT* nos invita a escuchar la voz de quienes han padecido la discriminación, en tanto que nos puede auxiliar en la tarea de comprender la fenomenología del derecho y definir los elementos de justicia.³⁸⁰

Aunque la *CRT* comenzó como un movimiento en el derecho, ha sido rápidamente propagada más allá de esa disciplina. Hoy muchos en el campo de la educación se consideran, asimismo, teóricos de la Teoría Crítica de la Raza, y usan las ideas de la

³⁸⁰ Matsuda, Mari, "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations", *op. cit.*, nota 378, pp. 63-67.

CRT para entender temas de la disciplina escolar y la jerarquía, seguidas de controversias sobre el currículum y la historia. Por un lado, los politólogos ponderan sobre estrategias electorales acuñadas por los teóricos críticos de la raza, y por otro, los cursos de estudios étnicos con frecuencia incluyen una unidad sobre la *CRT*, y los departamentos de estudios americanos enseñan material sobre Estudios Críticos Blancos desarrollados por los escritores de la *CRT*.

A diferencia de algunas disciplinas académicas, la *CRT* contiene una dimensión de activismo. No sólo trata de entender nuestra situación social, sino también desea cambiarla; no sólo determina cómo la sociedad se organiza a sí misma a lo largo de las líneas raciales y jerarquías, sino también busca transformarla por una mejor.³⁸¹

La *CRT* como movimiento intelectual surge desde fines de los sesenta, los setenta, y se consolida en los ochenta. Primero, dentro de las mismas conferencias de los *CLS* encontramos activistas especialmente afroamericanos (no necesariamente) críticos del sistema y de la educación jurídica. En esta primera etapa —resalta Cornel West—, el movimiento de los *CLS* es significativo, en tanto que introduce por primera vez en el discurso jurídico norteamericano una orientación teórica que enfatiza la realidad cruel de la explotación de clase, la subordinación racial, la dominación patriarcal, la marginación homofóbica, así como el abuso ecológico en el presente y en el pasado norteamericanos; de esta manera, los *CLS* lograron exponer los costos humanos (y derramamiento de sangre) ocultos tras el velo intelectual de la doctrina liberal norteamericana, y los arreglos institucionales adoptados bajo la equidad y libertad formal.³⁸²

Así, podemos señalar que los *CLS* fueron un foro académico importante al momento de gestarse y adquirir su propio camino

³⁸¹ *Ibidem*, p. 2.

³⁸² West, Cornel, “The Role of Law in Progressive Politics”, en Kairys, David (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, 3a. ed., Nueva York, Basic Books, A Member of the Perseus Books Group, 1998, pp. 714 y 715.

la *CRT*. Como veremos más adelante, los estudios de raza utilizarán varias herramientas de la crítica de los *CLS*.

Al percatarse de que se necesitaban nuevas teorías y estrategias para combatir las formas sutiles de racismo que fueron ganando terreno, los primeros escritores, como Derrick Bell, Alan Freeman y Richard Delgado, generaron los estudios básicos sobre la materia. Pronto se unieron otros académicos al grupo crítico, y se llevó a cabo su primera conferencia en Madison, Wisconsin, en el verano de 1989. Otros encuentros tuvieron lugar en el contexto de los *CRT*, en sesiones de trabajo cerradas o públicas, durante varios días, con paneles, sesiones plenarias, ponentes, y una amplia representación de estudiantes, activistas y académicos procedentes de distintas disciplinas.³⁸³

Posteriormente, la *CRT* realizó una crítica sobre los *CLS* en el sentido de cómo estos últimos omitieron dentro de su análisis el problema racial, llevando consigo una “ceguera racial”, aunado a que la mayoría de sus estudios son hechos únicamente criticando el liberalismo norteamericano, sin proponer necesariamente una vía alternativa, además de ser una crítica realizada por hombres blancos en su mayoría.

De esta manera, es posible ubicar como puntos de tensión, por una parte, los ejes teóricos de los *CLS*, en tanto que fracasan o son indiferentes en formular un programa propositivo que acoja las preocupaciones y necesidades de la gente de color. Igualmente, se cuestiona el sentido de la crítica del discurso de los derechos que formulan los *CLS*, que en cierta forma suele ser contraria a los intereses de la gente de color. El otro punto de tensión estaría constituido por la acogida de los *CLS* a los “progresistas de color”, a quienes prácticamente se les excluye o se les ignora, o en el mejor de los casos se les distancia de las discusiones y de la temática propia de los *CLS*.³⁸⁴

³⁸³ *Idem*.

³⁸⁴ Dalton, Harlon L., “The Clouded Prism: Minority Critique of the Critical Studies Movement”, nota 378, pp. 81 y 82.

Una crítica adicional la ubicamos en el hecho de que, a consideración de los defensores de la *CRT*, los *CLS* no analizan el racismo como uno de los pilares ideológicos que soportan la sociedad estadounidense ni como el fundamento principal de la opresión de los negros, lo que hace que sus análisis prescriptivos sean poco realistas. Con lo anterior, observamos que la *CRT* busca aproximarse a la realidad de los oprimidos racialmente y, a partir de ahí, formular nuevas exigencias que permitan la transformación de la sociedad.³⁸⁵

En el aspecto metodológico, la *CRT* objeta los alcances limitados de la deconstrucción empleada para atacar al liberalismo, toda vez que los *CLS* omiten analizar los motivos por los cuales, por ejemplo, los individuos más desfavorecidos de la sociedad ponen su confianza en los postulados liberales, lo que impide concebir una visión alternativa de la sociedad tras el análisis deconstructivo.³⁸⁶ En esta tesitura, la *CRT* propone apreciar en conjunto la historia y experiencia de la opresión y aislamiento, e idear el tipo de comunidad deseada, en la que sea posible garantizar, a través del derecho, un ambiente de auténtica igualdad y equidad.³⁸⁷

Las divergencias existentes entre la *CRT* y los *CLS* nos invitan a reflexionar en torno a la importancia que reviste el acercamiento con los sectores y grupos más favorecidos de la sociedad, cuyo reconocimiento y protección a través del derecho requiere de algo más que el análisis abstracto de textos jurídicos. Sólo hasta cuando la teoría y la técnica jurídicas se vinculen con las preocupaciones y vivencias de los individuos,³⁸⁸ es como podremos sentar las

³⁸⁵ Crenshaw, Kimberlé William, “Raza, reforma y reducción: transformación y legitimación, en el derecho contra la discriminación”, *cit.*, nota 379, pp. 108-110.

³⁸⁶ Cook, Anthony E., “Beyond Critical Legal Studies: The Reconstructive Theology of Dr. Martin Luther King, Jr.”, *op. cit.*, nota 378, pp. 85-90.

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 99-101.

³⁸⁸ Convencidos de que la *CRT* puede proporcionar un marco de comprensión que faculte la incorporación de elementos tales como un vocabulario que permita entender los fenómenos y constructos raciales, Chandra L. Ford y Col-

bases para promover y proponer cambios tendientes a consolidar una sociedad equitativa, abierta, plural y de respeto.

3. *Cultura, sociedad, derecho y educación como ejes temáticos de los Estudios Críticos de Raza*

Los Estudios Críticos de la Raza centran sus temas especialmente en los siguientes puntos:

- 1) La construcción de la idea de raza no sólo como una referencia al color de la piel de las personas, sino como un constructo cultural, en donde la raza encierra discriminación y jerarquía, dominación, reproducción del sistema, un discurso ideológico de control y sujeción a las estructuras discriminadoras, así como una herramienta para comprender y proponer una transformación de la sociedad.
- 2) El papel transformador de la sociedad, a través de la *CRT*, constituye otra diferencia importante, ya que no sólo se queda en la crítica deconstructiva, o incluso escéptica o nihilista como a la que pueden llegar los *CLS*, sino que propone una “crítica progresiva”, para una mejor sociedad, en donde la discriminación no sea la nota esencial de ésta.
- 3) Es de señalar que la *CRT* nace originariamente en los estudios jurídicos, pero abarca el aspecto sociológico, político y etnológico; es decir, implica una visión multidisciplinaria de lo jurídico. Esta perspectiva implica una riqueza al abordar las diferentes temáticas dentro del ámbito de lo jurídico, mostrando al derecho y sus teorías liberales como un instru-

lins O. Airhihenbuwa ejemplifican la manera en cómo la *CRT* puede coadyuvar con investigaciones de salud pública, como sucede en el estudio de pruebas de VIH sida en afroamericanos. Véase Ford, Chandra L. y Airhihenbuwa, Collins O., *Critical Race Theory, Race Equity, and Public Health toward Antiracism Praxis, Critical Race Theory; An Introduction*, disponible en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2837428/>.

mento de sometimiento y de ideología, así como con una visión de “blancura” respecto a la idea del hombre y su sociedad.³⁸⁹ De igual forma, el derecho se presenta como una herramienta para la transformación de la sociedad, de ahí la importancia del análisis legislativo, mas también el judicial respecto de fallos claves del Poder Judicial dentro del derecho norteamericano donde se aborda el problema racial.

La Teoría Crítica Racial puede ser definida, de manera amplia, como una intervención crítica en el discurso liberal sobre la raza y como una intervención racial en el discurso crítico sobre el derecho. Según esta definición, la crítica racial se produce en dos ámbitos de discusión. El primero, determina la confrontación de los críticos raciales con el constitucionalismo ciego al color y, por tanto, con la jurisprudencia constitucional estadounidense en materia racial. El segundo ámbito corresponde al intento de la Teoría Crítica Racial de integrar una perspectiva de raza dentro de la crítica al derecho iniciada por los CLS.³⁹⁰

- 4) La crítica a la educación jurídica es otro tema de la *CRT*; en este punto comparte la crítica realizada por los *CLS*, que muestran a la educación jurídica como preparación para la jerarquía y la reproducción del *statu quo*, así como la enseñanza-aprendizaje del derecho como un hecho político; sin embargo, agregan el factor racial, con el cual queda de manifiesto que el diseño curricular de los estudios jurídicos presenta cierta ceguera de color, ya que proporciona la visión de una educación igualitaria con las mismas oportunidades, cuando en la realidad se presentan profundas diferencias respecto a los individuos por el

³⁸⁹ Para profundizar sobre la “blancura” o supremacía blanca pueden consultarse las siguientes obras: Delgado, Ricahard y Stefancic, Jean (ed.), *Critical White Studies: Looking Behind the Mirror*, Filadelfia, Temple University Press, 1997; Haney López, Ian, *White by Law: The Legal Construction of Race*, New York, Nueva York University Press, 2006.

³⁹⁰ García Villegas, Mauricio *et al.*, *op. cit.*, nota 379, p. 28.

aspecto racial. En este punto se critican con profundidad los planes y programas de estudio, la docencia jurídica, así como la construcción misma del derecho blanco.

De esta manera,

Los críticos raciales se han opuesto a la crítica a los derechos de los *CLS* con el argumento de que la misma no toma en cuenta la especial situación de las minorías afroamericanas y el papel fundamental que los derechos han jugado en las luchas sociales iniciadas por esas minorías. A juicio de la Teoría Crítica Racial, en el contexto de la subordinación racial los derechos tienen una importancia social y transformadora muy especial que trasciende, con creces, el problema de su indeterminación. Los críticos raciales señalan que el ejercicio de derechos por parte de una minoría históricamente oprimida constituye una dimensión importante de las luchas sociales iniciadas por los afroamericanos, la cual no se contrae exclusivamente a las eventuales victorias jurídicas y judiciales sino, especialmente, se relaciona con la imagen inmensamente transformadora de la comunidad afroamericana reimaginándose a sí misma como un colectivo de individuos titulares de derechos y dueños de una ciudadanía plena. En suma, la mera combinación de raza y derechos —independientemente de los resultados que, con ella, se puedan conseguir— tiene un efecto alquímico y subversivo de magnitud trascendental.³⁹¹

- 5) Los Estudios Críticos de Raza profundizan en los mecanismos de discriminación en la sociedad, y en especial los relativos al derecho. En este punto aprovechan las herramientas de los *CLS* respecto a la crítica de la decisión judicial para mostrar las inconsistencias, contradicciones e insuficiencias de ésta. Sin embargo, dichos estudios agregan el constructo racial para darle un sentido social y una connotación de dominación dentro de la decisión judicial.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 34.

Este punto es importante, ya que inicialmente se criticó que la *CRT* presentaba los mismos vicios de un marxismo basado en una interpretación de la sociedad a partir de la clase social dominante, pues únicamente se sustituía la categoría de clase por la de raza, y el discurso era el mismo. No obstante, gracias a las herramientas de los *CLS*, la *CRT* pudo superar esta crítica al realizar un análisis muy exhaustivo de la discriminación y la dominación a través de la decisión judicial, superando la crítica reduccionista que presenta esa interpretación del marxismo.

De los *CLS*, la *CRT* tomó la postura de la indeterminación jurídica, y la idea de que no todos los casos jurídicos tienen una respuesta correcta. En cambio, señalan que es posible decidir la mayoría de los casos en cualquier sentido mediante el énfasis de una línea de autoridad sobre otra, o interpretando un hecho de manera diferente de la forma en que la contraparte lo hace. La *CRT* construye sobre las ideas del feminismo lo referente a las relaciones entre poder y la construcción de roles sociales, así como la larga colección no vista de patrones y hábitos que conforman el patriarcado y otros tipos de dominación. De los estudios sobre los derechos civiles, la *CRT* tuvo la preocupación por la corrección de errores históricos, así como la insistencia de que la teoría jurídica y social tiene consecuencias prácticas. También, la *CRT* compartió con este movimiento un entendimiento amable de las nociones de nacionalismo y empoderamiento de grupo.³⁹²

- 6) Finalmente la *CRT*, en los últimos años, se ha ampliado a estudios de otras minorías raciales en los Estados Unidos de América, y no sólo a los afroamericanos. De esta manera, podemos encontrar Estudios Latinos (*LatCrit*), estudios asiáticos, estudios hindúes, o incluso análisis de grupos vulnerables como lo son los indigentes. Es de señalar el papel que juega el derecho, el cual, por una parte, es

³⁹² Delgado, Richard y Stefancic, Jean, *op. cit.*, nota 379, p. 2.

un instrumento para mantener el estatus social de dominación racial blanco, pero también representa una herramienta para la transformación social.

Derrick Bell, profesor de derecho en la Universidad de Harvard, es considerado el padre intelectual del movimiento. De igual forma, se ubican como pioneros, los trabajos de Alan Freeman, quien ha enseñado en la Universidad Estatal de Nueva York y en la Escuela de Derecho de Búfalo. Igualmente, son figuras representativas del movimiento: Kimberlé Crenshaw, Angela Harris, Charles Lawrence, Mari Matsuda y Patricia Williams. Como representantes de los estudios asiáticos se mencionan a Neil Gotanda, Eric Yamamoto y Matsuda. La principal figura de los estudios críticos indios es Robert Williams; los latinos más conocidos son Richard Delgado, Kevin Johnson, Margaret Montoya, Juan Perea y Francisco Valdés.³⁹³

De igual forma, es de resaltar cómo en los últimos dieciocho años los estudios latinos han adquirido importancia, e incluso se puede hablar de la palabra “latino” como raza, si entendemos por esta última un papel que otorga la sociedad a un grupo con características generales y que sufre discriminación, marginación e invisibilidad social. Si bien los llamados latinos son de diferentes nacionalidades, la mayoría comparte muchas cosas en común, como puede ser el idioma, la religión y su cultura, lo que permite hablar de ellos como un grupo social, o incluso de raza, en los términos antes comentados.

La posición del tema *LatCrit* surgió dentro de la academia jurídica estadounidense en 1995, y lo hizo como una perspectiva autodesignada y consciente de sí misma sobre el derecho y las latinas(os) en el coloquio realizado en Puerto Rico sobre comunidades latinas y teoría crítica de la raza. Desde entonces, los participantes de *LatCrit* han realizado cinco simposios anuales y

³⁹³ *Idem.*

cuatro coloquios para articular la teoría *LatCrit* como un proyecto colectivo de compromiso mutuo.³⁹⁴

La *CRT* constituye otro punto de reflexión crítica dentro de la jurisprudencia norteamericana, de carácter radical, pero comprensible dentro del mismo desarrollo del pensamiento de los Estados Unidos de América.

Si bien es cierto que estos estudios están pensados desde una visión de la sociedad y del derecho norteamericanos, es interesante el análisis de sus propuestas, especialmente de su crítica, la cual podemos aprovechar para el estudio de nuestro derecho, tomando las distancias necesarias. Mientras exista una discriminación en virtud del color de la piel y de lo que ésta significa socialmente, la *CRT* es una vía muy específica para el estudio y propuesta de transformación social.

4. *Consideraciones finales de la Teoría Crítica de Raza*

En el presente apartado hemos referido a los orígenes de la Teoría Crítica de Raza, que los ubicamos en la década de los sesenta en el marco del movimiento de los derechos civiles, en una búsqueda por reivindicar el papel de los afroamericanos dentro de la sociedad de los Estados Unidos de América. Así, esta línea de pensamiento se desarrolla por activistas y académicos interesados en estudiar y transformar la relación entre raza, racismo y poder.

Esta perspectiva retoma el postulado de los *CLS* de concebir al derecho como una herramienta de transformación social, pero se distinguirá de la corriente predominante de los *CLS* por el énfasis a la cuestión racial, la importancia de contar con propuestas de vías alternativas de transformación social y el seguimiento de una metodología distinta para realizar la crítica.

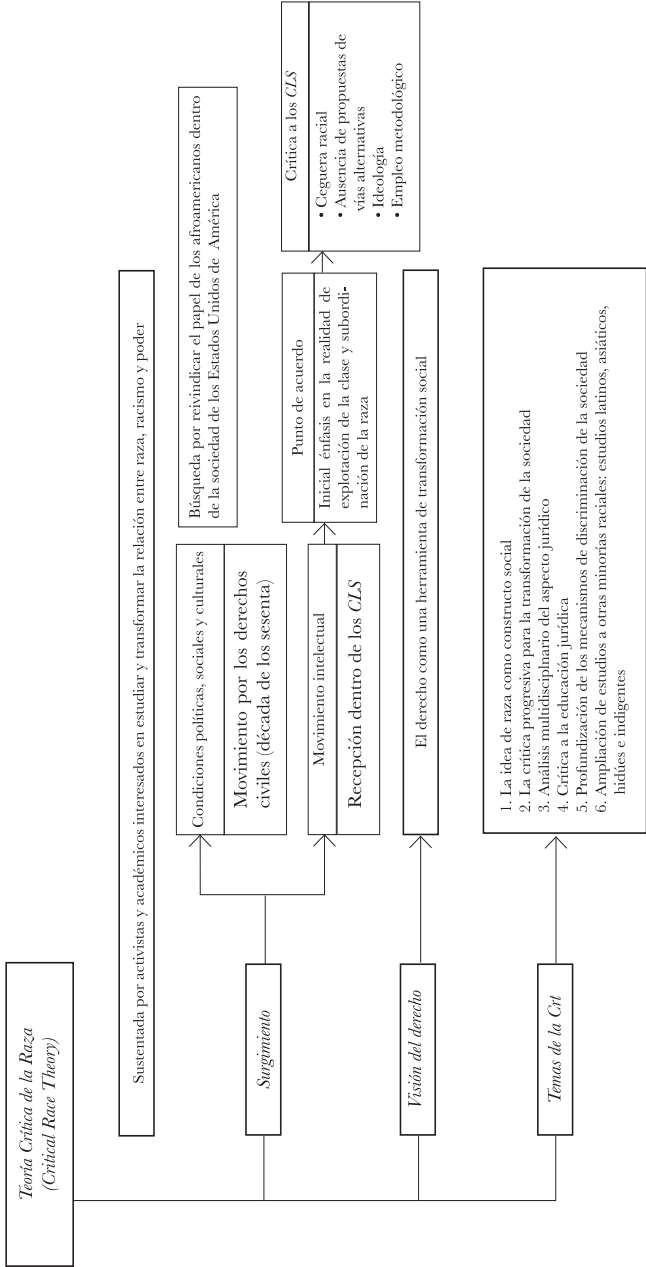
Entre los principales postulados de la Teoría Crítica de Raza encontramos la idea de raza como constructo cultural,

³⁹⁴ Iglesias, Elizabeth M. y Valdés, Francisco, “Quinto *LatCrit*: institucionalización de un futuro posterior a la subordinación...,” *cit.*, nota 379, p. 154.

la crítica progresiva para la transformación de la sociedad, el análisis multidisciplinario del aspecto jurídico, la crítica a la educación jurídica, la profundización de los mecanismos de discriminación de la sociedad y la correspondiente ampliación de estudios a otras minorías raciales: estudios latinos, asiáticos, hindúes e indigentes.

Como se puede apreciar, los Estudios Críticos del Derecho en lo general y en lo particular ofrecen postulados interesantes, tendientes a redimensionar el papel y dinámica del derecho. Dichos postulados, a su vez, conducen a iniciar nuevas líneas de investigación para explicar y tratar la problemática que subyace en el derecho. Ciertamente, la postura de los Estudios Críticos del Derecho reafirma la continua y permanente reflexión en torno al derecho y su rol en la transformación social.

ESQUEMA 5. LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD Y DEL DERECHO A PARTIR DE LA TEORÍA
CRÍTICA DE RAZA



El esquema 5 sintetiza la postura de la Teoría Crítica de Raza, el surgimiento, la visión del derecho y los temas de la crítica.