Opción teórica.

De la necesidad de reconocimiento, de la conducta debida y del Derecho en su pertinencia.

Hemos visto o intentado ver durante el curso, cómo es que las conductas debidas (en su posibilidad moral) se encuentran asentadas de manera individual/colectiva, ya producto de procesos de institucionalización en los que reiteración primera resulta condición de posibilidad; o en segundo término, como consecuencia de confrontaciones universalistas que el propio sujeto debe deliberar. En un tercer movimiento, hemos tratado de analizar, cómo es que aún en esos dos gestos faltaría un tercero, radical en su importancia, y que implica al otro desde el sujeto que despliega una conducta determinada. [En este punto, si bien pudiere resultar ajeno y muy abstracto al ejercicio profesional, considere siempre que la posición es la de un abogado que ejerce su trabajo].

Se ha elegido, y arbitrariamente, una dimensión en el que los temas en comento resultan pertinentes cual es la teoría de género. Por esas cosas de la vida, estaba en Alemania cuando mataron a Daniel Zamudio, y recuerdo que esa mañana una amiga me escribió contándome del hecho en su detalle. Intenté seguir la noticia y en muchas de ellas se refería o peticionaba el endurecimiento de las penas eventuales, y me parecía como si esa petición de incremento buscare compensar ex post un agravio en el que quizás, como sociedad, se había incurrido. Y era extraño, porque desde lejos, su muerte me parecía más "mía". Mi falta.

En las tres formas vistas, la forma de afinar normas morales varía: (i) la CSR no señala un contenido, no siendo de su pertinencia el mismo. I.e. lo que garantiza su legitimidad es la proceduralización de la práctica. Considerando, además, que siendo práctica, ello implicaría el procedimiento anterior; (ii) Nuevo-Kant. El Sentido del deber funcionaría como marco de una serie de inclinaciones legítimas, que de todas formas adolecería de una imposibilidad a fin de proceder directamente a su transposición colectiva. Qué tan universales-universales pueden ser los juicios de representación individual universal; (iii) En Honneth, y en Nancy Fraser –que muchos de Uds. citaron- se establecen presupuestos de suyo colectivos donde esas consideraciones colectivas son condición de posibilidad para la construcción de cualquier norma colectiva.

Considerando lo anterior, la idea es que Ud. analice, desde las categorías referidas, el fallo Lawrence v. Texas, 123 S. Ct. 2472, 2475 (2003), disponible en español en el siguiente link:

<http://www.salvador.edu.ar/juri/Lawrence%20vs.%20Texas.pdf>

El fallo en cuestión tiene como antecedente la jurisprudencia Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 190 (1986). En ella la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la constitucionalidad de un fallo y de la norma positiva que se le servía de justificación y en el que se condenaba a Michael Hardwick por actos de sodomía cometidos con otro adulto hombre. En esa ocasión, el Tribunal –y pese a la sofisticación de sus integrantes- deliberó en torno al punto de si la Constitución de

los EE.UU confería o no a los homosexuales adultos, el derecho a incurrir en conductas de sodomía. La conclusión de la Corte fue que no tenían derecho. (Y esto el año 1986). El año 2003, la misma Corte Suprema reconsidera la decisión, y conociendo de *Lawrence v. Texas*, anula el precedente y afirma que los homosexuales en EE.UU sí tienen derecho a practicar conductas sodomíticas (como si la judicatura pudiere pronunciarse sobre ello).

De hecho, expresamente refiere:

“Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled.”

[La sentencia *Bowers v. Hardwick* no estaba correcta cuando concluye, y de hecho, esa conclusión es hoy día también equivocada. Debe ser, por lo mismo, anulada como precedente vinculante].

Sin embargo, lo que pareciera ser un logro –desde el reconocimiento- en realidad sería una victoria aparente. La misma forma de razonar cambia sólo en su resultado pero el grueso del defecto se mantiene de todas formas en la nueva sentencia. De hecho, la doctrina (Cfr. Janey Halley, Teemu Ruskola) observa lo siguiente.

“The question before the Court is the validity of a Texas statute making it a crime for two persons of the same sex to engage in certain intimate sexual conduct.”

[La pregunta pertinente que se formula a la Corte y que ésta interroga consiste en la validez de una norma del Estado de Texas que tipifica una conducta sexual entre dos personas del mismo sexo].

Lo que la doctrina observa es que en rigor la discusión no debiera versar sobre la legitimidad de la sodomía sino sobre la intimidad. Y no ya desde el contenido de dicha intimidad, sino sobre la libertad de todo individuo para evitar que el Estado tenga injerencia en dimensiones de su legítima deliberación. De hecho, desde la categoría del “reconocimiento” el razonamiento de *Lawrence* es reparable.

El punto, sin embargo, es que el Derecho -como sistema- razona sobre la base de las normas que le sirven de justificación. O así debiera ser. Bajo la programación legal/ilegal. Y si uno lee la sentencia de anulación, el esfuerzo que hacen los jueces -como intento fallido - es buscar “traspasar” esa limitación. Tal forma se hace aún más patente en el voto disidente del *Justice* Scalia. Él si siente total libertad para aprehender el concepto de sodomía desde un punto de vista valorativo, y de nuevo, con total libertad concluye su rechazo.

Preguntas.

a. La sentencia puede generar muchas aristas interesantes para su reflexión. Entre ellas: (i) La contraposición entre norma positiva y contenido valorativo. Y en ese sentido, si se puede asumir como categoría-*contenido* la posibilidad de

reconocimiento que obligaría a sesgar a la judicatura en ámbitos que le serían impertinentes. El punto es con qué limitaciones, o bajo qué pretextos; (ii) La contraposición entre regla/principio (Hart/Dworkin), y si la instancia de adjudicación, en rigor –desde su sentido del deber- tiene posibilidades de “escapar” a esa posibilidad; (iii) Puede analizar la forma y legitimidad del fallo de mayoría y el contrapunto que plantea Scalia.