Clases.

“Un poco de orden”.

En clases comenzamos con Duncan Kennedy. Intentando definir “abuso”.

El texto sobre el cual trabajamos es:

“Sexual abuse, sexy dressing and the erocticization of domination.”

[http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Sexual%20Abuse,%20Sexy%20Dressing%20and%20the%20Eroticization%20of%20Domination.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Sexual%20Abuse%2C%20Sexy%20Dressing%20and%20the%20Eroticization%20of%20Domination.pdf)”

En el texto, Kennedy intenta definir cuáles podrían ser los elementos constitutivos de abuso. Para tal efecto, define primeramente su posición. El mismo Kennedy reconoce que el lenguaje que se utiliza en toda descripción es “reificante”, y que en esa posibilidad se debe considerar, justamente, la posición desde la cual se describe. Kenney se define asimismo, como un hombre blanco, de clase media, ilustrado. En tal sentido, señala: “una conducta puede ser descrita como sexualmente abusiva si se trata de: (i) un despliegue que un hombre verifica en contra de una mujer porque ella es mujer; (ii) se trata de un despliegue que mayoritariamente es considerado infraccional; y (iii) existe, sobre dicho despliegue, tipologías legales que prohíben ese despliegue”.

Kennedy reconoce que el primer elemento del supuesto es controversial. Sobre este punto, aludimos a Foucault, quien en un “congreso feminista” justamente adujo, que la violación no es un delito sexual, sino uno de lesión física. Que la individuación de la violación como una agresión sexual caracteriza a la mujer, definitoriamente, en una situación asimétrica. Cuestión que reifica -desde el lenguaje- la posición “femenina” en su relación con el hombre. Kennedy conoce la cita, y ha leído a Foucault, sin embargo, él insiste en el punto.

Y abre la discusión de una manera novedosa. Él señala que toda definición de abuso opaca la verificación efectiva de conductas abusivas sexuales en contra de la mujer, las que por su “entidad” no logran tipicidad. Y que ello es externalidad de la política regulatoria de abusos sexuales en contra de la mujer. En ese sentido, la misma intencionalidad de regular el abuso, genera un sistema que tolera abusos de un grado menor al tipificado, pero que por su iteración sedimentan realidad, y dicen y construyen un concepto de mujer victimizado.

Kennedy señala que precisamente la definición entre “sanción” y “tolerancia” genera un discurso en hombre y mujeres, estructural. Y que esa perspectiva resulta radical en la formación de “hombres” y “mujeres”.

Kennedy llama, entonces, a analizar la distinción entre “sanción” y “tolerancia”. I.e. entre conducta reprochable, y tolerada. De ese examen, él sostiene, las mujeres víctimas tienen “mucho que ganar” y los hombres no infraccionales, mucho que perder.

Ahora, él se da cuenta, en este punto, que el análisis que emprende lo realiza desde una posición de conflicto de interés. Utiliza la expresión “burden of excess enforcement and the burden of tolerated abused”. Él señala que los hombres que se comportan de manera adecuada tienen mucho que perder cuando la regulación se vuelve “intolerante” de las situaciones de abuso. Que ello, en definitiva, implica un incremento en el costo (I.e. desde el concepto de “principio precautorio”) social y que “bien vale”, entonces, analizar su conveniencia.

Es decir, la regulación de “abuso” no sólo se vuelve improbable desde el interés del abusador, sino desde el hombre que bien se comporta.

Luego analizamos el texto de la modificación que se inserta al artículo 2 del Código del Trabajo.

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042709>

En ese sentido, resulta decidor el análisis de Kennedy. ¿En qué sentido, por ejemplo, la “progresividad” del texto, desprotege a la mujer en la frecuencia del supuesto de abuso? ¿Bajó qué justificación el texto de la modificación se vuelve neutro afectando la posición fácticamente asimétrica de la mujer, en una relación laboral, y que le subyuga? ¿No es el texto de la ley un mecanismo invisibilizador de las situaciones reales de abuso a las que la mujer se ve expuesta y vive?

Qué sentido, tiene, de hecho, hablar de “persona” y no de “mujer”. Qué es lo que el legislador intenta, desde la variable de política pública ¿Y qué discurso sobre la mujer sedimenta? ¿Se vuelve esa técnica legal una proteccional de la mujer?

Analizamos luego, aunque no de manera específica, la confrontación que se produce entre “Roe vs. Wade” y “A,B.C vs. Ireland”.

(i) “Roe vs. Wade”.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>

(ii) “A, B, C vs. Ireland”.

<http://www.ifpa.ie/sites/default/files/documents/briefings/abc-v-ireland-judgment-briefing.pdf>

Ambos resolutorios emanan en momentos distintos (Roe en 1973 y a, b y c en el año 2009) y, sin embargo, distan de ser consistentes entre ambos. La Corte Suprema de Estados Unidos se pronuncia sobre la posibilidad y el derecho de la mujer a autodeterminarse en relación al aborto, y la Corte Europea, contrasta dicha posibilidad con otros intereses jurídicamente relevantes y atinentes de evaluación. No creo que el segundo sea conservador en relación al primero, sino que buscando ser más técnico, logra una decisión que implica un retroceso.

El “retroceso” tiene que ver con el discurso de la mujer y su contexto. En qué medida, es el Estado el que determina el contenido de una decisión que bajo respecto alguno le involucra. En qué medida, el Estado representa el interés involucrado y afecta el interés realmente atinente. No sería bueno desvestir al Estado que decide en a, b, c de la categoría que le determina en la decisión antes de entrar en la evaluación de la decisión.

Es interesante, en este punto, analizar las circunstancias de Roe v. Wade. El fallo dice estricta relación con “Griswold vs. Connecticut”. En él, se cuestiona la libre accesibilidad de la mujer a mecanismos de anticoncepción. Griswold y Buxton habían sido condenados criminalmente por ayudar y motivar a mujeres casadas pacientes del centro “Planned Parenthood`s New Haven”, a utilizar mecanismos contraceptivos. Dicho criterio era jurisprudencia mayoritaria en tribunales de primer y segundo grado. Por lo mismo, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos decide conocer el caso, estaba ya cuestionando lo que en ese entonces era regla.

Fue en Griwold, de hecho, que la Corte Suprema asevera lo que en doctrina comparada se denomina “right to privacy” de la mujer. Es decir, el máximo tribunal entiende que la decisión de contracepción es de resorte exclusivo de la mujer. Asienta un ámbito de su dominio exclusivo, en el que positivamente el Estado no puede intervenir. En el resolutorio, no se establece la posibilidad cierta de tomar anticonceptivos, sino un contexto decisional en el que el Estado resultaban incompetente.

Es ese precedente el que luego y en 1973 (cinco años después de Griswold) será determinante en Roe v. Wade.

El primer caso de aborto que fue conocido por la Corte Suprema en Estados Unidos, fue “United States v. Vuitch” (1971). En el mismo, un tribunal de grado había omitido sancionar a un médico que practicaba abortos en el distrito de Columbia.

Cuando la Corte Suprema decide revisar “Roe v. Wade”, que viene de Texas, del mismo modo, decide revisar “Doe v. Bolton” que había dimando de un tribunal de grado del Estado de Georgia. Ambos resolutorios penalizaban abortos.

Sobre Roe v. Wade, el profesor Jack Balkin, señaló: “todo individuo tiene el derecho fundamental a decidir si quiere o no ser padre. Y el Estado no puede forzar a nadie a ser padre contra su voluntad”. Y asimismo, señala: “cuando la salud o la vida de la mujer se encuentra en riesgo, el derecho a abortar, se vuelve un derecho justo y confronta la posibilidad real de esa madre de poder elegir si quiere o no convertirse en madre”.

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925558>

En ese sentido, el siguiente considerando es determinante:

Cfr. Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 153 (1973):

“This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment’s reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy.”

[Este derecho a la posibilidad de autodeterminarse en un ámbito de autodeterminación, puede ser fundado ya desde el modo como la 14ava. enmienda define la libertad personal y la restricción del Estado a intervenir en esa libertad personal, criterio que esta parte entiende correcto; o también puede justificarlo, en el mismo sentido que lo ha hecho el tribunal de grado, en la 9na. Enmienda y en la forma cómo ésta contempla el derecho de los individuos a su propia determinación. En uno y otro caso, se encuentra legitimado el derecho de la mujer a terminar o no su embarazo”.

Lo que resulta interesante, desde lo que se viene exponiendo, es que el resolutorio construye un concepto de mujer muy diferente al asentado. Uno en el que la volición de la mujer no es ya un objeto disponible por parte de terceros sin mayor justificación que una valoración moral cuya autoridad siempre puede cuestionarse. El fallo, de hecho, pese a las críticas desde sectores “pro vida” vuelve a la mujer responsable de las decisiones que adopta, y la constituye en un sujeto de Derecho, indisponiéndola de la dinámica colectiva. Así como el hombre determina su actuar sexual, la mujer, desde su posición e individualidad, determina su posibilidad sexual. No se trata de una equivalencia no circunstancializada, sino de dar cuenta de un sujeto bajo los mismos parámetros que sirven en uno y otro caso. La distinta valoración que se inserta para privar a la mujer de esa posibilidad, es siempre un prejuicio. Y por el contrario, Roe v. Wade, tal como se ha señalado, constituye a la mujer como madre desde que esa posibilidad queda afincada en su deliberación y decisión.

Por el contrario, en a,b, c v. Ireland, se da precisamente, el razonamiento contrario.

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2432672>

Las tres mujeres (i.e. a, b y c) cuestionan la “constitucionalidad” de la regulación restrictiva del aborto en Irlanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Se sostuvo por las requirentes que la criminalización y la falta de accesibilidad de las mujeres a mecanismos abortivos ponía en peligro la salud y vida de las mujeres, en directa contravención con la Convención Europea de Derechos Humanos.

El 16 de diciembre de 2010, la “Gran Cámara” de la Corte resolvió que Irlanda había infringido la normativa europea al no contemplar una legislación que permitiera la libre accesibilidad al aborto por parte de mujeres, sin embargo, con una redacción que restringe esa posibilidad de libre acceso.

“Esta situación, que impide la práctica del aborto en Irlanda salvo riesgo para la vida de la madre, –y que causa cada año el desplazamiento de miles de ellas al extranjero para poder interrumpir un embarazo4–, constituye el elemento central del asunto *A, B y C vs. Irlanda*5, en el que las deman- dantes denunciaron la violación, entre otros, de los artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Convenio”) […] Esta incoherencia está igualmente presente, a nuestro parecer, en el razonamiento del Tribunal en relación con la alegación de las demandantes de violación del derecho a la vida privada. A este respecto, y a pesar de que el artículo 8 del Convenio no consagre el derecho al aborto, el Tribunal consideró que la prohibición de abortar por razones de salud o bienestar personal supuso efectivamente una injerencia en el derecho a la vida privada de las demandantes, concretamente al derecho a la autonomía y al desarrollo personal. Tal como establece el párrafo segundo del artículo mencionado, dicha injerencia sólo encontraría justificación en caso de estar prevista por ley, responder a un objetivo legítimo y, por último, considerarse necesaria en una sociedad democrática”. (Cfr. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2432672>).

El artículo 8vo. Del Convenio, estatuye:

<http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf>

“Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En el caso europeo, el argumento no se construye desde el concepto de “privacy”. Y, creo, que en ese respecto se desarticula un discurso que era constructivo de la noción de mujer. En la medida que el aborto se vuelve un asunto de política pública, se deslegitima a la mujer, como sujeto de derecho.

Y lo que el razonamiento muestra, es lo que Wittig critica:

<http://es.scribd.com/doc/124840405/Monique-Wittig-El-Pensamiento-Heterosexual-pdf>

Ella sostiene:

“Pero, lo que creemos que es una percepción directa y física, no es más que una construcción sofisticada y mítica, una formación imaginaria, que reinterpreta rasgos físicos ( en sí mismos tan neutrales como cualquier otro, pero marcados por el sistema social) por medio de la red de relaciones con los que se los percibe. Ellas son vistas como negras, por eso son negras, ella son vistas como mujeres, por eso son mujeres. No obstante, antes de que sea vistas de esa manera, ella tuvieron que se hechas de esa manera. Tener una consciencia lesbiana supone no olvidar nunca hasta qué punto ser “la mujer” era para nosotras algo “contra-natura”, algo limitador, totalmente opresivo y destructivo…”.

Wittig nos dice que las categorías que subyacen a las decisiones con las que se opera en el campo del derecho son funcionales a los resultados que se buscan. De ahí, que la marca “mujer”, en cuya deliberación interviene el Estado, no es sino funcional a ese resultado. Wittig pretende liberarse de esas conceptualizaciones que ella entiende falsas.

Es por ello que llegamos a Sally Haslanger y su crítica a la noción de “social kinds”.

<http://www.mit.edu/~shaslang/papers/WIGRnous.pdf>