

PONENCIA

El contractualismo y la problemática de género

FACA 100

XX CONFERENCIA NACIONAL

DE LA ABOGACÍA 2023

A 40 años del retorno a la democracia

Los desafíos de la abogacía en la era digital

COMISIÓN III

“DIVISIÓN DE PODERES, FEDERALISMO, DEMOCRACIA Y PRINCIPIOS
REPUBLICANOS”

PRESIDENCIA: MAXIMO TORICELLI

RELATORIA: DANIEL BARAGLIA

DISERTANTES: ELIZABETH BERRA Y VICTOR IBAÑEZ

PONENTE

CRISTIAN EDGARDO CALLEGARI

25 DE MAYO 349 PISO 1ERO. CIUDAD DE MORÓN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TEL. 11 4427 2915

cristiancallegari@callegariyassociados.com o ccallegari180164@gmail.com

INSITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

INSTITUTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL CPACF

CAJA PREVISION SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

RESUMEN

El presente trabajo pretende, desde la crítica jurídica, comprender que los pactos ficticiales son parte fundamental del discurso jurídico, y los derechos reconocidos surgen sólo de luchas de los débiles contra los poderosos.

Los derechos, como sus garantías y las progresivas participaciones de distintos sectores en las decisiones del Estado son producto de luchas por conseguir dichos reconocimientos.

La democracia es un proyecto ideal y sus intenciones se encuentran reflejadas en las constituciones, a medida que se imponen grupos hegemónicos con nuevas directrices, principios o derechos, los mismos se podrán trasladar a una norma ideal, que es la Constitución.

EL CONTRACTUALISMO Y LA PROBLEMÁTICA DE GÉNERO

El contractualismo establece la forma de Estado y los límites, se fundamenta en ideas de homogeneidad, uniformidad y unidad. Se unifica el Estado, la nación y el derecho y dicha homogeneidad se construye en forma artificial con una ruptura con el pasado, ejerciendo violencia contra los grupos sociales diferentes y por un entendimiento monocultural se encubre la destrucción o la marginación de naciones, pueblos, derechos, culturas e identidades que coexistían.

Las teorías contractualistas surgidas en la época de la ilustración, encabezadas por Hobbes, Locke, Rousseau y Montesquieu parten de ficciones, que pretenden ser éticas y naturales, basadas en un principio supremo y sobre esa base se tornan como verdades absolutas, premisas como libertad y propiedad, siendo el principio rector el interés de los humanos en beneficiarse en forma personal por encima de los demás.

Tiene varios fines: buscar la paridad entre nobles y burgueses, generar un cambio en el Estado, compartir el poder con las clases económicamente emergentes, creando como una nueva premisa falsa que los individuos se someten voluntariamente a la ley suscribiendo un pacto o contrato social, pero sólo son un recurso para tener cimientos para construir un sistema, al menos ideal.

Sabemos que, en dicho presunto contrato, habían quedado fuera de la suscripción de este la mayoría de los habitantes de Europa y el “nuevo mundo”, entre los cuales se encuentran los plebeyos, los esclavos, las mujeres, los niños; por lo cual el sistema contractualista operó como opresor en un sistema que enunciaba derechos individuales que no se cumplían plenamente para todos.

Se aplica a los que idealmente formaron parte de ese pacto, dejando afuera a la mayoría, pero incorporándolos a un sistema disciplinario.

Para James Tully, “la gran tragedia del constitucionalismo moderno es que filósofos modernos hayan seguido a Hobbes y dado la espalda al diálogo justamente cuando encontraron a los pueblos no europeos y el diálogo y la mediación eran necesarios para evitar los errores y la inhumanidad que vinieron después. El derecho contribuyó a la hegemonía eurocéntrica de tres formas concretas. Primero controla a la bestia al organizar y dirigir las instituciones y prácticas culturales blancas. En segundo lugar, el derecho hace funciones de policía de la cultura blanca. Esto es, el derecho opera en el sentido de ayudar a determinar las ideas y prácticas valoradas en la cultura eurocéntrica y las que pueden ser identificadas como amenazas y sujetas al uso de la coerción y la fuerza. Tercero, el derecho funciona para legitimar las instituciones y las prácticas blancas, ayudando a poner el sello de universalidad en las prácticas europeas y defendiendo la deseabilidad y la inevitabilidad de la dominación blanca”.¹

Las declaraciones y garantías que originaron el Estado moderno se impulsaron con los mismos fines de dominación que otros sistemas.

Quizás, la mayor diferencia que podemos encontrar es la forma en que se publicitó, como mejor intencionada, con una gran carga ética, proclamando la libertad, igualdad y fraternidad, entre quienes formaban parte del pacto, apartando como en cualquier sistema jurídico/político a un sector, a pesar de profesar la inclusión de toda la sociedad,

¹ James Tully, *Strange Multiplicity. Constitucionalismo en la era de la multiplicidad*. University Press. Cambridge. 1995. En *Descolonizando el constitucionalismo*. Boaventura de Sousa Santos y otros. Ciudad de México. Akal. 2021

arrogándose humanismo y pregonando ser el generador de mejores condiciones en favor de una nueva clase social, económicamente surgente y poderosa.

John Locke decía “La libertad natural del hombre consiste en no reconocer ningún poder soberano sobre la tierra, y en no estar atado a la voluntad o la autoridad legislativa de nada”², obviamente que las tonalidades líricas que contiene esta afirmación son atemperadas y hasta degradadas por los hechos y acontecimientos que se suscitaron como consecuencia de la aplicación de estas ideas.

Resulta imprescindible que para que permanezca un grupo de personas unido, con un aparato de normas y obligaciones, deben fundirse en situaciones colectivas, sin oponer demasiadas resistencias, así tienen la necesidad de bosquejar un horizonte, que en forma consciente o inconsciente hace que valga la pena desplegar los esfuerzos.

Toda sociedad debe dar un presagio de esperanza, sin la cual se perdería el apetito, ser sumidos en el rencor o las ganas de cortar otro lazo, por ello se generan ficciones tendientes a sustentar el sistema, prometer que lo mejor está por venir, que somos iguales, que consumiendo algún producto seremos mejores, que somos libres, todo ello para plantear bases y pretender que todos accionen, al servicio de algunos.

“Este tipo de contractualismo político se extinguió durante el siglo XIX. Su muerte inevitable, pues adolecía de dos extraordinarios fallos. En primer lugar, nunca existió semejante contrato, y sin un contrato real, ni los ciudadanos ni el gobierno están sujetos por promesas. En consecuencia, todos los gobiernos existentes, por buenos y justos que sean, carecen de legitimidad según la teoría del contrato social. Pero esto no es plausible. La legitimidad del gobierno se determina (pensamos normalmente) por la justicia de sus acciones y no por la naturaleza contractual de sus orígenes históricos”.³

Un contrato se basa en el compromiso de ambas partes en cumplimientos recíprocos, pero en la teoría de los ilustrados, dicho compromiso era hipotético, incluso para los beneficiarios (no todos los habitantes), tornando imposible y absurdo, como contrato o pacto.

Por ello entendemos que el contrato social, fue una faceta más de la historia de la humanidad y del derecho, que es la historia de la dominación y el ejercicio del poder, a pesar de que Peter Singer, siguiendo a Rawls, describe que “la tradición contractual percibe la ética como un tipo de acuerdo mutuamente beneficioso, o expresado en palabras más llanas, “si no me fastidias, yo no te fastidiaré”. Por tanto, sólo aquellos capaces de apreciar que no se les está fastidiando y de frenarse, a su vez para no fastidiar, están dentro de la esfera de la ética”.⁴

Al respecto cabe preguntarse qué sucede con aquellos que no suscribieron el contrato, como las mujeres. Pueden ser fastidiadas, pero si fastidian, serán sancionadas, es decir forman parte de ese contrato sólo como sujetos sujetos.

En tal sentido es importante tener presente que entre mediados del siglo XVIII y principio del XIX, se constituye la sociedad disciplinaria, con prácticas represoras y penales. Además “en el seno del proyecto hegemónico, el constitucionalismo, puede ser entendido como un campo de conocimiento anclado en los procesos histórico de la modernidad eurocéntrica, donde son aceptables las diferencias legítimas entre las tradicionales continental europea y anglosajona...Por eso el proyecto moderno-occidental dominante,

² John Locke, segundo tratado sobre el gobierno civil, Madrid, Tecnos, 2010.

³ Peter Singer, compilador, Compendio de ética, La tradición del contrato social, Alianza Editorial, Madrid 1995.

⁴ Peter Singer. Ética práctica. University Press. Cambridge.1995

con fuertes raíces en el individualismo y el liberalismo, coexiste necesariamente con esas dinámicas de opresión capitalista y colonial.”⁵

Según Foucault la sociedad disciplinaria se caracteriza por la aparición de dos hechos contradictorios, la reforma y la organización del sistema judicial y penal, ya que, con la modernidad, surge el capitalismo, la nueva distribución de la riqueza, pudiendo “decirse que la nueva distribución social de la riqueza industrial y agrícola hizo necesarios nuevos controles sociales a fines del siglo XVIII”.⁶

En la época de la Revolución, “en París, los trabajadores no especializados ganaban alrededor de 30 sueldos diarios, los especializados más de 50. La mitad de estos ingresos se destinaban a comprar pan, el alimento básico y una hogaza de cuatro libras costaba de 8 a 9 sueldos. Una familia de clase obrera dos o tres hogazas al día”,⁷ lo poco que les quedaba lo utilizaban para adquirir ropa, velas, combustible, cebo y mínimos enceres; y en esa condición se encontraban 600.000 almas, mientras que los aristócratas y burgueses sumaban 50.000; entendiéndose que el ficticio contrato social lo suscribieron estos últimos 50.000, gobernando la voluntad de 600.000 humanos y creando entre otros muchos institutos de vigilancia, un sistema de ejecución humanitario, cuyo impulsor fue el Dr. Guillotin y la policía.

Cuando las declaraciones de derecho dicen “Nosotros el pueblo”, parten de una premisa falsa, toda vez, que como apuntamos la proporcionalidad de personas que participa del acontecimiento es y ha sido mínima, por lo que la voluntad popular es también ficcional, debiendo considerar si es también un constructo de dominación. Así, Judith Butler se pregunta “¿acaso este derecho solo existe cuando un gobierno se lo concede a su pueblo?”.⁸

La teoría política contractualista es esencialmente patriarcal, de algún modo legitima la dominación masculina sobre las mujeres. Este presunto contrato no permite que mujeres y hombres, mantengan relaciones en términos de igualdad, aunque se presume de la libertad como emblema, existiendo esclavos, que son parte del sistema, ello es un simple disfraz de dominación.

Por ende, las mujeres, como otros sectores dominados, tienen motivaciones y razones para rechazar las justificaciones contractuales de las instituciones liberales.

La teoría contractualista es un disfraz de la dominación, esconde un presunto pacto de hombres, que mantienen similares condiciones de poder, apartando al resto de la comunidad en las decisiones, de la sociedad o del conjunto de individuos generando un Estado, que puede ser altruista o no, opresor o no, con normas que le sirven y de las que se sirven para mantener ese Estado, al que denominan de derecho.

El objetivo del contrato social y su consecuencia reglamentaria a través de las constituciones determina formas legítimas de gobierno para establecer las obligaciones individuales de los miembros de una comunidad, como hemos dicho es un constructo social, no una libre asociación, que tiene por objetivo general propiciar un orden.

Las mujeres en el contrato social clásico son excluidas al no participar de la creación de ese contrato, no lo suscribieron, pero a pesar de ello son sujetos sujetos, dominados y forman parte de dicho contrato, subordinadas a los hombres. Quizás con ellas exista un contrato sexual.

⁵ Boaventura de Sousa Santos, Ob. Cit.

⁶ Michel Foucault, La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, Barcelona, 2007

⁷ Richard Sennet, Carne y Piedra, Alianza Editorial, Madrid, 2018.

⁸ Judith Butler. Cuerpos Aliados y Lucha Política. Ed. Paidós. Buenos Aires. 2019.

Un contrato que limite a una persona obedecer a otra para sobrevivir la inhabilita, la baja, la denigra, le quita derechos políticos, por lo cual es indudable que el contrato social, es patriarcal.

“La teoría contractualista desliza, bajo una forma social que se supone que preserva la libertad de las personas, una justificación para la dominación sostenida de una persona sobre otra”.⁹

El contractualismo legitima la dominación de las personas y en particular legitima la dominación patriarcal de las mujeres, por lo que es un argumento del poder dominante y masculino.

Las normas que regulan el comportamiento humano pueden o no ser contractuales, ello tiene relación con las prácticas sociales, motivaciones y percepciones y por sobre todo en las relaciones de poder.

Las mujeres en este esquema se encuentran en un plano de desigualdad, pero no están fuera del sistema contractual, son sujetos apoderados y esa es la principal clave de la liberación.

Se debe aceptar que el matrimonio no es un contrato donde existe un hombre dominante, proveedor y patriarcal; donde está en juego la “propiedad de los cuerpos en su forma sexual”. El contrato implica de algún modo un intercambio mercantil entre las partes, con la posibilidad de negociación, la aceptación y conformidad.

La teoría contractualista es universal, por lo cual no se ciñe a una sola comunidad, la opresión, la dominación, el ejercicio del poder, son edulcorados, son disfrazados y justificados, y son parte de ese contrato que en definitiva es discursivo, como el derecho, simplemente como lo que es: el discurso del poder.

Peter Singer entiende que la ética depende del consentimiento prestado por parte de los sujetos. Por ello, no existe un componente ético en el discurso jurídico, ya que es el discurso del poder, es la imposición de unos sobre otros en forma regulada y en definitiva como menciona Ferrajoli, los derechos son los derechos de los débiles.

Es posible que, en los distintos niveles del discurso, existan componentes éticos, morales y hasta religiosos, pero no es el componente esencial.

En el texto de Ricardo Entelman, “Aportes a la formación de una epistemología jurídica” se desarrollan los tres niveles del discurso jurídico: el de los creadores, el de los operadores y los destinatarios del discurso del poder, donde contrato resulta una mera ficción.

El primer nivel está compuesto por los órganos sociales, normas reglamentos, contratos, edictos, sentencias, allí es donde se reglamentan las disposiciones de los individuos devenidos en sujetos de derecho, con la intervención de los jueces.

El segundo nivel, se compone de las teorías, doctrinas, o sea con el producto de la práctica profesional (abogados, contadores, escribanos, gestores), es el sostén del primer nivel y además sostiene la aparente realidad.

El tercer nivel se comprende de los seres a quienes se aplican las normas con la intervención del segundo nivel (súbditos, ciudadanos, destinatarios, trabajadores, empleadores, locadores, locatarios, cónyuges, madres, padres), son los victimarios.

⁹ Paterman, Carole. El contrato sexual, Trotta. Madrid. 2005

Esta descripción estática, en realidad se encuentra entramada, en movimiento, nunca estancada, los roles, de los niveles van mutando y cambiando de acuerdo con las conveniencias, las imposiciones de sectores, ya que el discurso no es estático, ni vertical, es un entramado, o quizás más aún un rizoma en términos biológicos, unidos todos por una misma matriz.

Por ende, el discurso del derecho es el discurso del poder, la ruptura es el lenguaje que opera para que ese poder sea ejercido.

Sabemos que la lingüística es un conjunto de estructuras fonológicas, morfológicas y sintácticas y el discurso es una enunciación con los procesos ideológicos y su acción sobre procesos científicos y allí se incorpora sobre una lengua lo simbólico.

Es portador de los valores de ciertos grupos de poder, tiende a poner de manifiesto la racionalidad y por ello privilegia ciertas estrategias de evasión, tiene un lenguaje específico. El discurso del derecho es el que determina las conductas sociales, es un lenguaje que lo pueden utilizar sólo quienes reúnen las condiciones para producir expresiones válidas del sistema; el discurso alude e identifica a aquellos quienes pueden producirlo configurando la autoridad u órgano y ordena a los productores del discurso entre si y de estos con el resto.

Por ello, como ejemplo, los esclavos como tal desaparecieron, se crean nuevos sujetos de derecho, y como consecuencia de luchas y la actuación de grupos de poder han podido equilibrar la relación entre mujeres y hombres.

En el primer volumen de "Historia de la sexualidad", Foucault expone el concepto moderno de biopoder, el cual está relacionado con la administración de la vida en las sociedades modernas, se orienta a objetos de poder tales como sexo, salud, tipo de vida, consumo, todo se encuentra cosificado y regulado a través del dominio de los cuerpos. En ese orden se encuentra el rol que deben ocupar las mujeres, el género y la sexualidad.

Nancy Fraser afirma "a las mujeres se les asignan tareas de claro carácter femenino, orientadas al servicio y con frecuencia sexualizadas, a las cuales se las segrega. La familia nuclear liderada por el hombre, cual orden institucional con integración social de mundo, vital, moderno, como algo con una relación sólo extrínseca y accidental con el dinero y el poder. Se considera que dichos medios definen las relaciones de la economía oficial y la administración del Estado, mas son apenas accidentales en las relaciones intrafamiliares. Pero dicha suposición es contrafáctica. Las feministas han demostrado mediante el análisis empírico de toma de decisiones, el manejo de las finanzas y el maltrato a las mujeres de la familia contemporánea, que las familias están atravesadas por completo por lo que Habermas llama los medios del dinero y del poder".¹⁰

De este análisis se desprende que no existe un contrato social de convivencia, de regulación de las conductas humanas, son luchas, imposiciones, sin que medie la ética, la moral, o principios naturales. Es menester encaminarse hacia la deconstrucción de lo político, "desestabilizar Occidente en virtud de forzarlo con el otro al que excluye"¹¹, ese otro, es las mujeres, los marginados.

Rita Segato, parece encontrar respuestas afirmando que "la expansión de derecho, su publicidad y su recepción como una arena de disputas por parte de la sociedad es una avenida central en el camino de la historia. Así, a pesar de que el derecho puede no ser capaz de tocar la esfera de la moral ni, por sí sólo, transformar el orden vigente, puede, de todas formas, interpelar y convocar a una deliberación ética, dando origen a nuevas

¹⁰ Nancy Fraser. Prácticas Rebeldes. Prometeo libros. Buenos Aires. 2020

¹¹ Nancy Fraser Ob. Cit.

sensibilidades”¹² y concluye “al esclavo, le queda la “experiencia de la autorreflexibilidad”, la posibilidad de reconocerse a sí mismo en la privación que sufre de una rúbrica propia, en la amenaza a su autonomía que esa forma de expropiación le produce (Butler, 1997)¹³. Es el reconocimiento reflexivo de su condición e inclusive de su propio apego a ella que el esclavo encuentra en el camino de la libertad”¹⁴

CONCLUSIONES

Debemos concluir que el contractualismo es una ficción del poder, tendiente a regular las conductas humanas.

Dicho pacto ficcional lo suscriben unos pocos, pero se encuentra destinado a todos los habitantes, con un sentido eurocéntrico. Se enumeran principios universales, siendo que las personas que sufren algún tipo de opresión debido al género lo hacen dentro del propio sistema y no por fuera de él, lo que también les permite seguir adelante con sus reclamos y conquistas.

En tal sentido y siguiendo a Nietzsche debemos concluir que “se aspira a libertad mientras no tenga poder, una vez que se tiene poder, se aspira a supremacía (si no se logra, porque no se es lo suficientemente fuerte) se aspira a justicia, es decir a igualdad de poder”.

Cristian Edgardo Callegari

DNI 16.589.317

¹² Rita Segato. Las estructuras elementales de la violencia. Prometeo libros. 2010.

¹³ Judith Butler, *The Psychic Life of Power*. 1997. Stanford. Stanford University Press.

¹⁴ Rita Segato. Ob. Cit.