

Relación entre la realidad de las sexualidades contemporáneas y el derecho¹



Mónica Pinto
Decana de la Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

Relación entre la realidad de las sexualidades contemporáneas y el derecho

La sexualidad, obviamente, no depende del derecho. El psicoanálisis trabaja con y sobre las sexualidades. El derecho como orden jurídico es un “lector” de esas sexualidades. En esta ocasión, mi propósito es repasar el trabajo de los legisladores, ver sus productos, las normas jurídicas y repasar también lo que los jueces que las aplican leen en ellas.

No soy una especialista en estos temas. Mi discurso consiste en tratar de darle consistencia a la relación entre la realidad y el derecho, en el entendimiento de que el derecho es un lenguaje que expresa valores dentro de una sociedad.

Es posible conceptualizar al derecho como un conjunto de pautas de conducta o normas de convivencia dentro de una sociedad, que atiende a determinados valores que el colectivo social considera más importantes que otros. De allí que el derecho y la realidad no deberían estar muy alejados, porque cuando este alejamiento es muy pronunciado, el derecho pierde funcionalidad.

¹ El presente trabajo es una versión corregida por la autora de su participación en el panel de inauguración del XV Symposium: Sexualidades contemporáneas y psicoanálisis, de la Sociedad Argentina de Psicoanálisis. 21 de octubre de 2011.

La realidad es lo que es, las cosas son en el plano de la realidad. Y el derecho, en muchas ocasiones, no construye realidad, lo único que hace es formatearla o dotarla de algún lenguaje que permita que esa realidad pueda funcionar, desarrollarse mejor.

Lo cierto es que ante las sexualidades contemporáneas –en realidad, esas sexualidades pueden haber existido siempre, sólo que ahora están más abiertamente manifestadas– la respuesta del derecho, el análisis a la luz del derecho, puede subsumirse en dos reacciones básicas y de algún modo antitéticas.

Puede señalarse que no hay norma, y todo lo que pasa en el exterior muere. No tenemos norma sobre identidad sexual, no teníamos norma sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, entonces no hay identidad sexual más que la que se expresa morfológicamente y que se retrata en el certificado de nacimiento y no hay matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Explicaciones? Muchas. Ninguna que señale, sencillamente, “no tenemos norma”, muchas que dicen que esto no se puede, no se debe, viola tal o cual dogma de la religión. Esto es, explicaciones con base en dogmas religiosos, esencialmente exentos del razonamiento de los saberes científicos o *mezzo* científicos que se pretenden al considerar una norma de derecho, por definición aplicable a todos en una comunidad. En el lenguaje de la Corte Suprema: no son derivación razonada del derecho vigente, lo cual implica que están sustraídos al análisis de razonabilidad.

Lo cierto es que en términos más laicos, esto es casi una forma de imperialismo moral inaceptable. Más inaceptable aún cuando tenemos en cuenta que en una sociedad como ésta, el dato de la modernidad es la separación de la Iglesia del Estado, y en situaciones críticas ese dato se pierde o diluye bastante.

La otra actitud posible es constatar la ausencia de norma, de previsión jurídica sobre el tema, y decidir su adopción. En esa ruta, en ese hacer, tienen un papel preponderante los derechos humanos. No sólo porque el mundo cambió y en su evolución los derechos humanos se hicieron un lugar central, sino también, y para los más leguleyos y positivistas, éste es el argumento, porque la Constitución Nacional les hizo un gran espacio, entre otras cosas, cambiando la jerarquía de los tratados internacionales y otorgando rango constitucional a muchos instrumentos de derechos humanos.

En esencia, la diferencia que hay entre lo que decía la Constitución de 1853 en la mayoría de sus cláusulas sobre libertades públicas –no me estoy refiriendo a ciertas cláusulas muy contextuales como la que señala la evangelización de los indios o la que requiere la pertenencia al culto católico apostólico romano para ser presidente– y los derechos humanos es una diferencia de matiz. La Constitución de 1853 es un producto claro del Iluminismo histórico, o sea, una opción ideológica que se planteó en un momento histórico y que los

constituyentes del siglo XIX adoptaron al redactar una ley fundamental sobre el esquema de la Constitución de los Estados Unidos y agregarle notas de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y otros datos del derecho administrativo francés. Claramente, ello no era una obligación jurídica, fue una opción ideológica.

Los derechos humanos como tales surgen después del holocausto y suponen la decisión política de poner la libertad y la dignidad de todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación como un valor que todos los Estados se comprometen a respetar, y si no lo hacen, la violación no reparada genera responsabilidad.

Es decir, a la luz de la Constitución del '53, el respeto de las libertades públicas sólo podía reclamarse hasta la última instancia administrativa o judicial nacional. No era un tema respecto del cual los Estados se exigieran una rendición de cuentas. Hoy, los derechos humanos son un asunto internacional, un tema que interesa al mundo. Sucede que la norma que indicaba que el Estado podía tratar a sus nacionales a discreción resulta derogada a partir de la consagración de los derechos humanos con características universales. De esta suerte, las instancias de reclamo llegan a lo internacional.

El dato novedoso de los derechos humanos es la igualdad, la cuestión de que todos seamos iguales a los solos fines de la titularidad de derechos. La inferencia necesaria es la no discriminación, esto es, la ilegalidad de toda distinción que tenga por objeto menoscabar o impedir la titularidad, el goce o ejercicio de los derechos humanos. Difícilmente pueda argumentarse una discriminación que sea legítima y legal.

Los derechos humanos, que el mundo incorpora como bagaje después de la posguerra, se van haciendo camino a través de una serie de instrumentos que van generando instancias de control y creando conciencia. No sólo son el objeto de una rama del derecho sino que además cumplen una función mucho más trascendental, que es la de transformarse en un criterio de interpretación de las relaciones entre los individuos y el poder público, y de alguna manera, en un criterio de interpretación de las relaciones entre los individuos.

La vigencia de los derechos humanos facilita algunos reconocimientos, pero al mismo tiempo supone complejidades que hay que resolver. El derecho es un mundo de ficciones y si jugamos al juego de la igualdad, hay que hacerlo bien.

Un argumento tiene que ver con que, a partir de las sexualidades contemporáneas o diversas, la gente pretende que el derecho recoja y corone sus intenciones de vivir juntos, de armar matrimonios, de formar familia. No voy a ser original al señalar en este ámbito de psicoanalistas que hay muchísimas definiciones de familia, que la noción de familia no es una sola, y que incluso el derecho, que es muy conservador, les está haciendo lugar. Pues bien, el

concepto de familia hoy no exige una pareja de personas de distinto sexo con descendencia.

El avance fue importante. En la actualidad, las uniones civiles que se dieron en la ciudad de Buenos Aires parecen una ciudadanía subvaluada, pero en su momento fueron relevantes. Cuando a mediados del año pasado se llega a la ley de matrimonio igualitario, de algún modo, por la conciencia social o por la conciencia política que en el momento se pudo haber generado, se estaba discutiendo no el matrimonio igualitario sino si podían tener chicos. Es decir, el debate iba un paso más adelante de lo que significaba la negociación por la ley en sí misma.

A mi entender, la ley pone en valor una igualdad democrática. La democracia exige, probablemente más que otros sistemas, el tema de la igualdad. Entonces, ese matrimonio igualitario (cuyo nombre no fue buscado solo para no decir “matrimonio entre personas del mismo sexo o matrimonio homosexual”) es un calificativo que también tiene que ver con estos valores. Lo que queda, y es lo que teóricamente en algún momento se discutirá en el Congreso, es el tema de la identidad sexual, esta inadecuación (por decirlo así, muy vulgarmente) entre lo que figura en el certificado de nacimiento y la identidad auto-percibida.

Este planteo nos conduce a instituciones básicas en el análisis de la relación civil, el tema de la capacidad y del nombre –primero tengo que tener un nombre, ser capaz, y después pensar en casarme. O sea que en lugar de ir un paso adelante en la cuestión civil, reculamos un paso porque tenemos que volver a considerar cuestiones que son primarias.

¿Cómo actúa el derecho en ese contexto? Puede generar norma; en el Congreso hay cuatro proyectos de ley. Sin embargo, entre tanto el argumento de “no lo podemos hacer porque no hay norma” no sirve, lo cual no excluye que haya quienes lo esgriman y otros que lo comprenden. La realidad es que aquí es donde tendría que entrar a jugar el Poder Judicial, los jueces, que tienen la riesgosa pero fascinante tarea de interpretar el derecho.

Y en este tema, me parece que al igual que con el tema del mantenimiento o pérdida de la aptitud nupcial –¿recuerdan el fallo Sejean de la Corte Suprema, anterior a la ley del divorcio?– los jueces tienen la posibilidad de actuar como el pretor romano, que no solamente le daba a cada uno lo suyo (como dice una tradicional definición del derecho) sino que, además, en ocasiones generaba derecho al adoptar una solución, con algún criterio de equidad, que permitía volver a la paz social. Esto es lo que ha venido sucediendo parcialmente a raíz de decisiones judiciales y lo que seguirá sucediendo cuando una norma sobre identidad sexual salga del parlamento.

La Corte Suprema argentina, que en muchas ocasiones tiene una posición bien vanguardista, en 2006 se pronunció sobre una cuestión menor a la luz del

tema que estamos tratando. Me refiero al registro de la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual – esto es muy semejante a lo que sucedió con la Comunidad Homosexual Argentina/CHA hace aproximadamente unos quince o veinte años, cuando la Inspección General de Personas Jurídicas le negó legitimidad al objeto social y por ello rechazó la inscripción. La Corte decide que efectivamente hay que reconocer la personería de la Asociación y para ello no se expresa en el lenguaje sofisticado del derecho sino en uno más llano para enviar un mensaje al ciudadano.

En uno de los párrafos de su sentencia, la Corte subraya que hoy en el sistema democrático, en el sistema republicano, los derechos de las personas constituyen el bien común a proteger. Expresa: “Que esta Corte ya ha subrayado el grave defecto de interpretación en que incurren los tribunales cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para la sociedad democrática, cual es la coexistencia social pacífica. La preservación de esta asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función por parte de los tribunales de justicia traería aparejado el gravísimo riesgo de que solo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia esta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33, Constitución Nacional). Que el «bien común» no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere «común» excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc.”. Luego, la Corte señala la discriminación permanente a que son sometidas las personas que están nucleadas en esta organización.

Es muy importante que la Corte haya podido decir, claramente, que su función es ayudar a solucionar los conflictos sociales, porque es lo que trae la paz, y que el régimen democrático no sólo significa consagrar la voluntad de las mayorías sino también respetar a las minorías. Desde entonces, se dan una serie de decisiones en varios lugares (en la ciudad de Buenos Aires, en la provincia de Buenos Aires) que intentan abrir un espacio para que esta identidad sexual autopercibida logre algún tipo de concreción. Obviamente, también hay instrumentos internacionales, están los principios de Yogyakarta que incluyen

el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (cuando en Derechos Humanos hablamos de personalidad jurídica nos referimos al hecho de que cada uno de nosotros pueda ser tenido por persona y no por otra cosa). En el mismo sentido, en el Plan Nacional contra la Discriminación, redactado en la década que acaba de terminar, consta la discriminación de las minorías sexuales y se recomienda que se tomen medidas.

En la actualidad son varias las decisiones judiciales de algún modo favorables a la identidad sexual que, en general al igual que los proyectos de legislación que hoy están en el Congreso, no exigen ningún tipo de tratamiento quirúrgico o médico. Sustancialmente, los proyectos contemplan una actuación en sede administrativa a partir de una práctica, de un ejercicio de identificación con un sexo que no es el que figura en el certificado de nacimiento.

Es interesante señalar que en todos los proyectos se prevé que los niños pueden hacer esta presentación, es decir personas de menos de dieciocho años. Y el caso más resonante, que todos vimos en el periódico, fue el de Naty en Córdoba.

Ella estuvo guardada mucho tiempo, no quería salir, y fueron sus papás los que iniciaron la acción judicial para pedir un cambio en su documento de identidad. El pedido es rechazado en la primera instancia y también en la segunda (ahí es cuando acuden a los medios), y la Suprema Corte cordobesa dice que hay que proceder. Piden un dictamen al comité de bioética (cada uno de nosotros tiene sus opiniones acerca de cómo funcionan los comités de bioética y sobre cómo se eligen sus miembros) y su dictamen quizás diga lo obvio, pero a veces hace falta decir lo obvio si nadie lo dijo antes. Me refiero al hecho de poder considerar que un niño es competente para hacer esta opción. El comité define esa competencia como la “[...] aptitud necesaria como para poder brindar un consentimiento informado válido [...]”, y resalta que esto no es igual a la capacidad (porque la capacidad civil plena se obtiene a los dieciocho años).

Esa decisión del comité de bioética de considerar a Naty competente para poder hacer la opción no solo es procedente en este caso sino que sienta un criterio para casos ulteriores. A partir de esto la Corte accede al pedido, y un juez de primera instancia ordena el registro, el cambio de los papeles.

Esta es una de las cosas más interesantes que hoy tenemos por hacer. ¿Por qué? Porque el tema del nombre está “a *full*” en todos lados. Les cuento una pequeña experiencia en el marco de la Universidad de Buenos Aires. En varias facultades algunas agrupaciones estudiantiles presentaron un proyecto para que en la facultad y en los legajos de la facultad, la gente figurara con el nombre de su identidad sexual autopercebida. Tal y como estaban previstos instauraban una

mecánica de trabajo que no fue objetada hasta que los abogados comenzaron a leer el texto.

Cuando Lohana Berkins me vino a ver, ella es una de las señoras que más ha luchado por esto, yo le digo: “¿Qué hacemos con esto? Si lo llevamos al Consejo Directivo rebota en tres minutos y fracción, y lo que menos queremos es que esto rebote”. Pero al mismo tiempo, yo le contaba a Lohana por qué me parecía que toda la fuerza que se está poniendo en este tema hay que ponerla para que salga una legislación, para que sea un procedimiento, o bien reglado o bien con intervención judicial, que siempre es más complicado.

El nombre es un atributo realmente importante. Recorriendo la historia, el hecho de que en Argentina existieran datos de nombre intangible, es decir, que la gente pasara por el registro de las personas, tuviera un certificado de nacimiento y un DNI permitió saber, en el momento en que la represión fue clandestina y actuó con prescindencia del derecho, quiénes eran los que no estaban. Hubo una famosa solicitada de octubre de 1983 que decía: “Y estos desaparecidos dónde votan?”.

Esto no es una tontera, cuando uno analiza el panorama de la desaparición en otros países sin registro civil, sin documento de identidad, se da cuenta de que el patrimonio de los nombres que faltan no existe. Yo tuve una experiencia de trabajo para Naciones Unidas en Guatemala, donde el número de desaparecidos es infinito, y a cada desaparecido lo gritaba el de al lado, pero no tenían ni lo que se llamaba la cédula de vecindad.

De allí que el principio de intangibilidad del nombre sea algo muy importante. Argentina ha hecho padecer a todos aquellos que descubrieron que fueron mal habidos por sus tutores, guardadores, etc., debiendo esperar la decisión judicial para recuperar el nombre que por la realidad y la historia les correspondía (es probable que ustedes hayan tenido casos de personas que no soportaban seguir teniendo el nombre y el apellido que le habían puesto un papá y una mamá que no eran ni papá ni mamá, y que además habían participado, en muchos casos, de la desaparición de su papá y de su mamá).

Además, en las normas de derechos humanos que la Argentina ha ratificado, el nombre está entre esos derechos que nunca pueden ser suspendidos.

Entonces, no es tan fácil decir que se saca Juan y se pone Juana, pero sí existe la posibilidad de que nosotros podamos generar situaciones de *modus vivendi*, reglas de convivencia que permitan que Juana sea llamada Juana. Lo que no podemos hacer es tomar un lápiz, tachar Juan y escribir Juana, porque no hay ninguna habilitación para hacerlo. Por eso creo que es muy importante que esto se solucione por la vía legislativa, porque supone una solución general que después cada uno “pleiteará”; de lo contrario habrá que ir a golpear la puerta de Su Señoría el Juez o La Jueza.

Por otra parte, los proyectos de ley que están en el Congreso no son muy distintos en cuanto a aquello que aportan materialmente, en cuanto al procedimiento para poder lograr la adecuación. Sí son distintos en aquello que expresan, hay algunos que definen la identidad sexual y otros no, algunos que generan una instancia administrativa en un ámbito determinado del Estado (donde volcar el pedido para que esa instancia lo estudie y resuelva), también generan el procedimiento de reclamo (qué pasa si esto se rechaza), y básicamente, en la mayoría de los proyectos se preserva la confidencialidad del dato que resulta superado.

Hay que lograr que los astros se vuelvan a alinear, como en el caso del matrimonio igualitario, para que esto se pueda dar, pero las presiones, los tiempos se miden de una manera distinta. Es también una oportunidad para jugar en serio la vigencia de los derechos humanos en la vida cotidiana de la gente. Hay un camino más andado, porque en la provincia de Buenos Aires y en la ciudad de Buenos Aires hay norma administrativa para las identidades en materia de salud, o sea que en los establecimientos dedicados a la salud, quienes vayan a realizar la consulta pueden ser inscriptos en la ficha médica con la identidad sexual que presenten.

Otro argumento dice relación con la coexistencia pacífica de la sociedad, ya que estas pautas de conducta que llamamos derecho nos tienen que servir para vivir mejor. Y para ello, hay determinadas cuestiones que colocan la felicidad más cerca de la gente. Me parece, por tanto, que esta sería una buena posibilidad de dejar de condenar al ostracismo a una buena parte de las personas, en una sociedad que se pretende igualitaria y democrática.

Nos sentimos muy orgullosos como Sociedad psicoanalítica de que esta ponencia haya motivado o por lo menos aumentado la sensación de necesidad de que el colectivo trans, que no había quedado cubierto en la ley del matrimonio igualitario, recibiera el empuje del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires al Honorable Congreso de la Nación para enfatizar la necesidad de legislar el derecho a la identidad de género autopercebida. Presentamos los considerandos y el dictamen emitido.



Universidad de Buenos Aires

EXP-UBA: 54.564/2011

Buenos Aires,

14 DIC 2011

VISTO los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la Nación sobre identidad de género, y

CONSIDERANDO

Que la realidad y el derecho no deben estar muy distanciados para que el segundo tenga funcionalidad.

Que la realidad expresa identidades sexuales diversas.

Que en el derecho vigente en la Argentina existe un plexo normativo de respeto a los derechos humanos, esto es la libertad y dignidad de todas las personas, en condiciones de igualdad, sin discriminación, con alcance universal, cuya violación no reparada compromete la responsabilidad internacional del estado.


Que la cuestión de la igualdad es el gran dato de los derechos humanos y se encuentra protegida en los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, 1,2:1, 7 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2:1, 3, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1, 11, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Que la Ley N° 26.618 consagró a nivel nacional el matrimonio igualitario reparando una desigualdad histórica.

Que el colectivo trans no quedó cubierto con la normativa mencionada sustancialmente porque lo que debe legislarse es el derecho a la identidad de género autopercebida.

Que el pasado 30 de noviembre de 2011, la Cámara de Diputados de la Nación, dio media sanción al proyecto de Ley N° 8.126 – D-2010, Régimen para el reconocimiento y respeto a la identidad de género, con el voto afirmativo de 167 representantes y con 17 votos en contra.

Que la sanción definitiva de este proyecto de ley permitiría hacer efectiva la igualdad de un número importante de personas cuya dignidad hoy no es debidamente respetada por el derecho vigente.


CARLOS ESTEBAN MAS VELEZ
SECRETARIO GENERAL



Universidad de Buenos Aires

EXP-UBA: 54.564/2011

Lo aconsejado por la Comisión de Interpretación y Reglamento.

Por ello, y en uso de sus atribuciones

EL CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
RESUELVE:

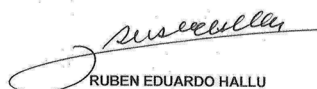
ARTICULO 1º.- Exhortar al Senado de la Nación a dar sanción definitiva al proyecto de Ley N° 8.126 – D – 2010 sobre Régimen para el reconocimiento y respeto a la identidad de género en tiempo y forma.

ARTICULO 2º.- Señalar que es de resorte de cada una de las unidades académicas y del Ciclo Básico Común la decisión sobre las cuestiones operativas que permitan superar en la cotidianeidad la divergencia entre la identidad de género formalmente documentada de todos los miembros de la comunidad respectiva y la autopercebida, sin que ello importe intervención administrativa en el derecho al nombre, legalmente intangible en los términos del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ARTICULO 3º.- Declarar que a la entrada en vigor de la legislación nacional que se impulsa, todas las decisiones comprendidas en el artículo precedente serán reemplazadas por las modificaciones registrales que se practiquen por los procedimientos allí establecidos o aquellos a los que sus normas remitan.

RESOLUCION N° 3969

GK


RUBEN EDUARDO HALLU
RECTOR


CARLOS ESTEBAN MAS VELEZ
SECRETARIO GENERAL