

XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009.

La fidelidad como bien jurídico: Las prácticas e identidades swinger en el derecho argentino. Un análisis crítico del cruzamiento entre los derechos sexuales y los derechos humanos.

Emiliano Litardo.

Cita:

Emiliano Litardo (2009). *La fidelidad como bien jurídico: Las prácticas e identidades swinger en el derecho argentino. Un análisis crítico del cruzamiento entre los derechos sexuales y los derechos humanos. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-062/855>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

XXVII Congreso de ALAS

Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

GT 11 Género, desigualdades y ciudadanía

La fidelidad como bien jurídico: Las prácticas e identidades swinger en el derecho argentino. Un análisis crítico del cruzamiento entre los derechos sexuales y los derechos humanos.

Emiliano Litardo

Becario Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires

Elitardo9@yahoo.com

1. INTRODUCCIÓN

La presente es una investigación preliminar, que parte de la sociología jurídica como marco teórico para indagar sobre aspectos jurídicos y sociológicos que plantean las prácticas e identidades swinger en el derecho argentino. El estudio de dichas prácticas sexuales, recae en ser un aspecto altamente cuestionado por el discurso jurídico hegemónico por transgredir el orden sexual que las instituciones socio jurídicas han sabido instaurar a lo largo de la historia moderna.

La estrategia del paradigma tradicional sexo-genérico en promover un orden sexual natural, que hegemoniza no sólo una identidad sexual y de género sino ciertas formas de relaciones sexuales, radica en operar en el plano de la ficción, tal como lo hace el derecho. Es decir, no hay naturalización correspondida entre sexo – género - deseo y práctica sexual- allí donde no existan discursos que lleven a la deshistoricización y eternización relativas de las estructuras de la división sexual y de los principios de división correspondientes tales prácticas.

El que las prácticas swingers no resulten para el imaginario socio jurídico muy frecuentes, ni visibles en el campo social, no implica considerarlas como desviaciones a la normal manera que tienen las personas de relacionarse desde la sexualidad y negar la existencia de otras prácticas sexuales en virtud a esa diferenciación cuantitativa.

Desde el marco teórico de la sociología jurídica y de los estudios queer esta ponencia viene a cuestionar la noción paradigmática de la fidelidad como bien jurídicamente tutelado, en detrimento a los derechos sexuales en el marco de los derechos humanos, y su dispositivo de universalización.

El derecho desde una perspectiva iuspositivista busca adelantarse a realidad social, y cuando los hechos ocurren, opera cual cerramiento. Sin embargo, hay ciertos tópicos fácticos que el derecho, en su faz antedicha, resulta incapaz de abordar porque no es posible la entera normativización de las conductas sociales. Cuando ello sucede, el derecho apela a nuevas formas de encastre o refuerza el criterio de aplicación por analogía. La sexualidad, y en lo que interesa a esta ponencia, su relación con el orden sexual moderno; la recientemente forma de analizar los derechos sexuales y el cruzamiento con los derechos humanos, es uno de aquellos tópicos que el derecho positivista aborda incesantemente pero que también lo desborda infatigablemente por la impronta de su particular filosofía.

La sociología jurídica propicia la posibilidad de estudiar aquellas cuestiones que, por su complejidad, exceden el marco cognitivo de la mera aplicación de normas jurídicas (formales/informales), tanto como indagar respecto a las transformaciones culturales que suceden en el terreno de éstas últimas, los valores y las costumbres, como de aquellos conflictos entre los distintos modelos normativos vigentes en la estructura social.

Partiendo de la Teoría Crítica del Derecho, y en lo que interesa a esta investigación, resulta útil entender que el derecho es una práctica social específica, que opera desde un discurso narrativo complejo porque sea cual fuere la forma que adopte –sentencia, doctrina, legislación, costumbre- se organiza como discurso, que interpretando la realidad social a la que ficcionalmente le asigna un sentido, parte primeramente de la propia vivencia del operador jurídico y luego vuelve a pasar por el filtro de su conocimiento adquirido. El proceso de formación y resultado jurídico dista de ser un acto neutral o una aplicación asintomática de la norma formal o informal. Particularmente la TCD parte de pensar al derecho como “una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada. Esa práctica, es una práctica discursiva...en el sentido de un proceso social de producción de sentidos.”¹

Por otra parte, el movimiento de los Critical Legal Studies han sabido enarbolar una postura deconstructivista en el modo de intervención que tiene el discurso del derecho dentro del espacio social, desenmascarando el componente ideológico que el mismo contiene.

2. LAS PRÁCTICAS IDENTITARIAS SWINGER

Swinger proviene del verbo inglés “to swing”, que significa balancear o libertad de movimiento. El movimiento swinger define a la identidad de la pareja swinger como aquella pareja monógama en el amor y polígama sexualmente. De esta manera, las parejas que practican el swinger instauran una modalidad diferente de vivir y experimentar las prácticas sexuales, y contribuyen a diversificar aún más a las expresiones sexuales. Pero además de ser una práctica sexual diversa, el movimiento swinger se inscribe como expresión identitaria que marca un estilo de vida que no es el que se corresponde con el paradigma clásico de la pareja constituida.

La identidad swinger, cuya especificidad le viene dada por su particular filosofía respecto al ejercicio del sexo, no se corresponde sino con la pareja, y no con las individualidades que integran a la misma. Remarcar esta diferencia es sustancial para comprender que no se trata de una identidad individual sino de una identidad colectiva que se aborda desde la biografía del grupo. En consecuencia, la identidad swinger es resultante de la profundamente sentida experiencia colectiva en la práctica socio sexual que es sostenida por la propia pareja.

Las parejas swingers disponen de su libertad sexual y amorosa para conducirse a otro paradigma de moral sexual, la que implica practicar relaciones socio sexuales con un criterio de monogamia quizá más amplio (no sexual) y sin las limitaciones atribuidas, en mayor medida, por la moral canónica que impone que ésta sea un vínculo amoroso/sexual único y exclusivo. Resulta complejo de reconocer la diferenciación que las

¹ Cárcova, Las Teorías Jurídicas Post Positivistas, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, Pág. 120.

parejas swinger hacen respecto del sexo swinger y de la vida swinger. En este sentido, los límites morales y éticos se corresponden a la perspectiva de sus prácticas y deseos, no viéndose con ellas afectados ninguno de los compromisos asumidos por la pareja aún como núcleo familiar. El sexo swinger cuando se practica, forma parte de la vida swinger y en consecuencia se constituye como parte integral de la pareja en su expresión identitaria.

3. ENTRE LA LEY Y EL ORDEN

El orden social promueve un orden sexual, que integra las políticas de control social, y sobre ello se reconstruye la noción paradigmática de la sexualidad. De modo tal, que las políticas sexuales se encaminan a reafirmar una dimensión normativa de la sexualidad. Esto es, la producción de relaciones y deseos heterosexuales exclusivamente monogámicos como mecanismo de inteligibilidad. En este aspecto, el discurso jurídico sostiene la argumentación ficticia de este orden socio-sexual.

La estrategia del paradigma sexo-genérico en promover un orden sexual natural, radica en operar en el plano de la ficción. Es decir, no hay naturalización correspondida entre sexo – género - deseo y práctica sexual- allí donde no existan discursos que lleven a la deshistoricización y eternización relativas de las estructuras de la división sexual y de los principios de división correspondientes tales prácticas. “Recordar que lo que, en la historia, aparece como eterno sólo es el producto de un trabajo de eternización que incumbe a unas instituciones (interconectadas) tales como la Familia, la Iglesia, el Estado, la Escuela, así como, en otro orden, el deporte y el periodismo..., es reinsertar en la historia, y devolver, por tanto, a la acción histórica, la relación entre los sexos que la visión naturalista y esencialista les niega.”²

Cuando el orden sexual imperante se inserta en el orden del discurso, los discursos sobre la sexualidad (entre los que se cuenta el jurídico) terminan por excluir, suprimir, obstaculizar y expulsar todas aquellas manifestaciones sexuales que no respondan a la lógica de la reproducción de la especie humana, que en última instancia es una parte de la finalidad del sistema sexo/género.

Uno de los argumentos que el discurso del derecho apela, respecto a ciertas prácticas sexuales no normativizadas conducentes para su protección jurídica, es la tesis que sostiene el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, este argumento que pudiera interpretarse como protectorio de los derechos sexuales de las personas swinger, tiene un efecto diametralmente opuesto que consistiría en promover que tales prácticas sexuales se circunscriban a lo privado. Esto no es más que ser funcional al orden social de invisibilizar todo aquello que no puede ser soportado por la mayoría. En la medida en que dichas prácticas se reserven al ámbito exclusivo de lo privado, mayores serán los confrontos sociales porque en definitiva se termina por silenciar no sólo a la identidad en sí, sino a un proyecto que contribuye a realizar la diversidad social, en contraste sobre aquellos dispositivos que operan creando la ilusión de una sociedad homogénea en todos sus componentes. Como sostiene Hannah Arendt la escena pública sólo tolera cosas que considera apropiadas, dignas de verse, oírse, sentirse, y las cosas inapropiadas se convierten en asuntos privados, “...todo lo que aparece en público puede verlo y oírlo todo el mundo y tiene la más amplia publicidad. Para nosotros, la apariencia –algo

² Pierre Bourdieu, *La dominación masculina*, Ed. Anagrama, 2ª edición, Barcelona, 2000, p. 7-8. La cursiva corresponde al original.

que ve y oyen otros al igual que nosotros- constituye la realidad...La presencia de otros que ven lo que vemos y oyen lo que oímos nos asegura de la realidad del mundo y de nosotros mismos...”³ El efecto de confiscar las identidades mediante operaciones que las ligen a los ámbitos de la vida privada, conduce a promover políticas de tolerancia, más no de respeto hacia la diversidad, para lo cual la tolerancia funciona como “un mecanismo de contención...en efecto, el lenguaje de la tolerancia es el lenguaje de la subordinación.”⁴

4. LA NARRATIVA JURÍDICA ACERCA DE LO SWINGER

Como objeto de estudio, repárese en el fallo de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la causa Asociación Argentina de Swinger sobre pedido de Personería Jurídica, que al confirmar la resolución denegatoria de la personalidad jurídica decidido por la Inspección General de Justicia, basa sus argumentos en los siguientes motivos: a) transgresión al orden público familiar; b) vulneración al deber de fidelidad contenido en el Art. 198 del Código Civil, que presupone exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge; c) que el matrimonio es una relación jurídico-familiar, por la que cada uno de los cónyuges obtiene sobre el otro un derecho personal absoluto, esto es, eficaz, y oponible erga omnes, que proviene de la comunidad sexual; d) que se contradice el Art. 953 del Código Civil como asimismo la del Art. 1071, segunda parte...y aun del Art. 14 bis de la Constitución Nacional en tanto el Estado debe tender a la “protección integral de la familia”; e) es inexistente,..., un bien general, público extendido a toda la sociedad en su conjunto que sea proyectado por el objetivo de este grupo en particular.

En primer término, las prácticas identitarias swingers activan la protección de ciertos institutos decimonónicos que refuerzan la aplicación de un orden social y sexual determinado, toda vez que dichas prácticas socavan una ruptura respecto al sistema de inteligibilidad socio sexual. Por otra parte, el deber de fidelidad es un deber propio de quienes se enlazan civilmente, el que resulta ser un criterio normalizador y normativizador para los casos en que no se observen las reglas instituidas por el tradicional matrimonio civil, entre ellas el débito conyugal monógamo. El discurso jurídico se complace en sostener que el deber de fidelidad es un principio de orden público, imperativo, que constituye una de las bases sobre la que se asienta la institución matrimonial. Asimismo, interpretan que el deber de fidelidad contenido en el artículo 198 del CCiv., presupone exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge, y en consecuencia habría una renuncia a la libertad sexual. Sobre esta construcción se sobredimensiona lo swinger, y en particular las identidades de las parejas swingers, olvidando que las experiencias swingers se abordan desde y para la pareja, contribuyendo a nuevas formas de monogamia sexual. Por lo tanto, el deber de fidelidad para aquellas parejas unidas en matrimonio civil, subsiste y en su medida no se comete ninguna sanción a lo que ordena el Art. 198 CCiv. Además, no hay terceras personas sobre las que se extiende el débito mismo, es decir, no hay afectación subjetiva, allí donde nadie se sienta agraviado por la conducta de la otra persona.

En tercer término, hay un agravio público, en tanto y en cuanto se esta vulnerando el orden público familiar y el bien común. Uno y otro, no es más que la aplicación lisa y

³ Hannah Arendt, *La condición humana*, Paidós, Barcelona, Pág.59/60.

⁴ W. Morgan y K. Walker, *Tolerance and Homosex: A Policy of Control and Containment*, Melbourne University Law Review, 1995, Pág. 206.

llana de entender que la sexualidad es una categoría jurídica unidireccional de aplicación normativa formal. Hay una prohibición que no permite que lo swinger se extienda públicamente, ni pueda tampoco **ser** dentro de lo privado (núcleo familiar). Resulta interesante esta noción restrictiva del bien común que descansa sobre la ficción de lo mayoritario. Dentro del campo jurídico, la norma jurídica resulta ser un producto de las significaciones que una “mayoría” social comparte, pero que no es receptáculo de intereses y necesidades de amplios sectores de la sociedad. La normativa entonces, proviene de ciertas y determinadas representaciones colectivas, que ocurren en un momento histórico dado. “Se trata de manifestaciones simbólicas que dan cuenta de imaginarios sociales de sectores sociales y en donde se demonizan a los otros, los excluidos de dicho imaginario o los que se encuentran presentes como referentes de lo negativo, de lo no permitido, de los transgresores, lo patológico, lo sancionable.”⁵ El máximo Tribunal de Justicia de la Nación, sostuvo en la causa “Comunidad Homosexual Argentina” que el “bien común es el bien estatal, es decir, el objeto de la asociación tiene que poseer en sí mismo una incidencia directa sobre el bien común que mueva al Estado a otorgarle una calidad determinada, esto es, la autorización para funcionar.” Sin embargo, esta cosmovisión jurídica, fue revertida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, años más tarde, en el fallo “ALITT”, enmarcada quizás dentro del contexto propiciado por los derechos humanos, y la noción particular de multiculturalismo. Así, sostuvo 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.” (Considerando 15).

El cambio paradigmático en la interpretación, alcance y rigor del “bien común” permite avisar una visión más plural de la convivencia social y echar mano para fundamentar el reclamo de ciertos derechos sexuales, aún no reconocidos por muchas instituciones socio jurídicas. El “bien común” entonces necesariamente debe de contextualizarse. Y en ello, va de suyo la noción del fenómeno del multiculturalismo. La diversidad, variedad y alternancias de experiencias personales y colectivas de la humanidad constituyen pilares necesarios para que una sociedad avance y los procesos de desarrollo no se detengan. Sin embargo, el respeto y reconocimiento a la variedad y diversidad propia y social no resulta constituirse en una herramienta posible para las políticas públicas. Puede advertirse que la estrategia es tender a sub evaluarla, desconocerla o anularla mediante procesos de homogeneización o de exclusión.

5. EL MARCO CONSTITUTIVO DE LOS DERECHOS SEXUALES

Resulta necesario abordar la identidad swinger desde una perspectiva de los derechos sexuales en el contexto de los derechos humanos, en la medida que ello posibilita la exigibilidad de particularismos ante los estrados judiciales.

Se comprende por derechos sexuales al “conjunto de potestades jurídicas de carácter fundamental de toda persona de ejercer su sexualidad, en las mejores condiciones

⁵ Gerlero, Mario, “Los silencios del derecho”, Ed. David Grimber libros jurídicos, Buenos Aires, 2008, Pág. 58.

posibles, dentro de los límites impuestos por el respeto de la libertad sexual de las restantes personas, sin que tal ejercicio esté sujeto a restricción alguna, por cuanto hace a la preferencia sexual, o a la imposición de un fin diverso a la sexualidad, en sí misma considerada, comprendiendo el derecho de que se reconozcan los efectos legales que sean producto de su ejercicio.”⁶ Desde este abordaje, el ejercicio de lo swinger, puede ser leído en clave de un derecho propio, personal, con un alcance jurídico de reconocimiento en la medida en que surjan peticiones al Estado, como es el caso de la Asociación Argentina de Swinger, que brega por un reconocimiento institucional. Asimismo, estas potestades de carácter fundamental, propician la inclusión de su ejercicio dentro del espacio que delimitan los derechos humanos, en tanto y en cuanto exista vulnerabilidad de estas identidades.

En términos generales, los derechos sexuales constituyen parte indisoluble de los derechos humanos, y por lo tanto gozan de los criterios de universales, interdependientes e inherentes de cada persona. Como sostiene Miller “El modelo de derechos humanos y de salud, que examina las estructuras y sistemas utilizando un enfoque amplio de promoción de derechos interrelacionados para demandar la responsabilidad gubernamental, puede contribuir significativamente a la formulación del concepto de derechos sexuales.”⁷

De esta manera, puede sostenerse que los derechos sexuales de las personas swingers se traducen en: derecho a la libertad (inherente de cada persona); derecho a la autonomía; derecho a la igualdad y no discriminación; derecho a la integridad corporal y a la salud; derecho a la libertad de movimiento y asociación; derecho a escoger a la pareja sexual; derecho a la disposición del propio cuerpo; derecho a ejercer en las mejores condiciones posibles la sexualidad autoconsentida y elegida. Si bien tales derechos ya están contenidos en diversas Leyes y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, lo cierto es que la especificidad que aportan los derechos sexuales al continente de los derechos humanos, y viceversa, no es más que una contribución a la reafirmación de los valores universales de protección y reconocimiento de la diversidad humana, y el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas, por el solo hecho de ser tales.

De este modo, la construcción de una única moral sexual es derivación de prácticas institucionalizadas que han sabido responder a parámetros religiosos y tradicionales, dándole una importancia sobreacogedora a la sexualidad toda vez que “se halla presente en cada una de las manifestaciones de nuestra vida y nuestra personalidad”⁸. La vigilancia por parte del Estado de las conductas sexuales es parte del control social, cultural y político, como se ha mencionado. Ello es importante remarcarlo, porque es la base de cualquier análisis que debe hacerse para comprender los mecanismos de sujeción que construyen, en definitiva, la identidad de uno mismo. Esto viene a colación de expresar que gran parte de los valores que sostienen la unimoralidad de las prácticas e identidades swingers no consideran tanto como no respetan la laicidad del Estado argentino. Argumentaciones como las que fueron abordadas, que soslayan

⁶ Morales Ache, P. I., Los derechos sexuales desde una perspectiva jurídica, en Ciudadanía, Sexualidad y Derechos, comp. PIANITA, Ivonne Szasz, en proceso de revisión editorial en el colegio de México, México, 2004

⁷ Miller, Alice M., Derechos Sexuales y Reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos, Centro de la Mujer Peruana “Flora Tristán”, 2001, Lima, Perú, Pág.95

⁸ Bidart Campos, El derecho y la identidad sexual, ED, 104-1024.

fundamentalismos bajo principios de rigor jurídico, no hacen más que intensificar criterios de moral canónica medieval.

6. NOTA FINAL

Lejos de admitir una conclusión parcial de lo expuesto, resulta trascendente para una sociología jurídica de la sexualidad preguntarse ¿cómo participa la norma jurídica, su interpretación y aplicación dentro de un espacio de formas comunitarias heterogéneas que valoran la pertenencia de los sujetos a un grupo cultural, bien se trate de religión, etnia, género, o mismo de prácticas sociosexuales puntuales como las swingers?. Por más loable que sea una moral de lo sexual, el discurso jurídico no debe imponer ni obligar jamás a que las personas ajusten su sexualidad a ese ideal sexual.

El lenguaje de los derechos sexuales constituye parte indisoluble de los derechos humanos. En la medida en que los derechos sexuales son parte constitutiva de éstos, gozan de los criterios de universal, interdependiente e inherente⁹. Desde esta visión, las prácticas e identidades sexuales swinger, son proclives a ser objeto de protección por los instrumentos internacionales de derechos humanos, con el alcance señalado anteriormente, y por lo tanto no solamente a ser reconocidos por el Estado como afirmación de manifestaciones sexuales variantes, sino para que se contribuya a generar condiciones facilitadoras necesarias para la formación y expresión de esta y otras identidades socio sexuales.

⁹ La Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993 destaca el componente universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.