

Introducción y breve marco teórico

En la presente ponencia, refiero al derecho de identidad de género y a las condiciones de acceso legal a la jubilación y pensión en Nación y en la Provincia de Buenos Aires; en ese marco, pretendo explicitar algunas situaciones problemáticas que encontré en el cuadro de regulaciones actuales de seguridad social en aquellos ámbitos, utilizando, desde una mirada interdisciplinaria, crítica y constructiva, elementos de corte jurídico y sociológico, ello a fin de poner en cuestión las condiciones de acceso a los derechos previsionales, proponiendo, a su vez, algunas soluciones a la regulación actual.

Detallando lo anterior, seleccioné como fuentes normativas la ley de jubilaciones y pensiones nacional nro. 24.241², y el decreto ley de la Provincia de Buenos Aires 9650/80³ que regula idéntica materia, pero en el ámbito local. El motivo de esa selección radicó en que esas fuentes legales son dos de las que mayores personas alcanzan en nuestro país, agregando que también las elegí para resaltar que la temática de género y derechos previsionales resulta transversal en Argentina, no circunscribiéndose de manera exclusiva a una sola jurisdicción ni norma escrita.

En función de ello, como base de estudio y análisis del tema seleccionado, explicito mi adhesión a la denominada teoría de análisis crítico, respecto de la cual se ha escrito que "(...) es una teoría que al mismo tiempo que aspira a una comprensión de la situación histórico-cultural de la sociedad, aspira, también a convertirse en fuerza transformadora en medio de las luchas y las contradicciones sociales" (Osorio, 2007, p. 104). En ese terreno, ha señalado Alicia Ruiz que las teorías críticas "producen una ruptura de carácter epistemológico porque abandonan un modelo explicativo y lo sustituyen por un modelo dialéctico-comprensivo", agregando seguidamente que quienes participan de esa corriente de pensamiento "comparten la idea de que la ciencia del derecho interviene en la producción de su objeto y lo construye, en tanto lo explica mediante categorías y conceptos" (2013, págs. 9 y 10).

En su complemento, aludo que el tratamiento que voy a efectuar del tópico seleccionado lo realizaré desde una perspectiva que, además de crítica, resulta interdisciplinaria. Desde ese aspecto, ha planteado Enrique Zuleta Puceiro que "La teoría general del derecho se perfila así como aquel aspecto del saber jurídico que desde una perspectiva interdisciplinaria asume la tarea de un análisis crítico de los diversos aspectos del fenómeno jurídico en la vida social y de las diversas formas del análisis y conceptualización de él" (1987, p. 27 y 28).

En la misma senda, creo importante agregar, respecto de la postura constructiva apuntada, que adhiero a la opinión de Cáceres Nieto, quien ha escrito que "Con el término constructivismo jurídico designo el enfoque teórico cuyo objeto de estudio son el discurso jurídico positivo y sus metadiscursos, en tanto parte de los insumos cognitivos que contribuyen a la generación de los estados psicológicos (incluyendo estados mentales y esquemas representacionales) determinantes de la forma en que se percibe jurídicamente la vida social y con base en los cuales tienen lugar las conductas jurídicas mediante cuya realización los agentes jurídicos inciden en los procesos de construcción de la realidad social" (2002, p. 19).

Dentro de ese terreno, en el estudio y análisis del derecho se contraponen, entre otras, la visión normativista -o normativismo jurídico, que supone al derecho como presuposiciones lingüísticas, entendiendo a las normas como entidades autónomas y abstractas-, y la propia del constructivismo jurídico -que, asumiendo el normativismo, ve a las normas como insumos cognitivos y pone en contacto a aquellas con los sujetos cognoscentes, analizándose así las conductas sociales y las modificaciones de la realidad social en base a dichas conductas, todo desde una postura interdisciplinaria (Cáceres Nieto, 2002, p. 20).

En cuanto a ello, considero importante agregar la opinión de Pierre Bourdieu, a la que adhiero, quien escribió que "solo un nominalismo realista (o fundado en la realidad) permite rendir cuentas del efecto mágico de la nominación, golpe de fuerza simbólico que no triunfa sino porque está bien fundado en la realidad" (2000, p. 200); lo cual sirve de basamento para la perspectiva teórica que asumo en este trabajo, y que, en línea con la mirada constructivista que explicité más arriba, me

1-Institución de pertenencia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; mail de contacto: nicolasbalbin@hotmail.com.

2-B.O. 18/10/1993.

3-B.O. 30/12/1980.

permite direccionarme en el sentido de entender que para la eficacia de una norma (Bourdieu vincula la eficacia con “la fuerza propiamente simbólica de la legitimación”), se debe considerar, no solo su forma escrita, sino también, y más propiamente, el reconocimiento social de aquella, cimentado en un acuerdo social originado en que la norma responde a intereses y necesidades sociales (Bourdieu, 2000, p. 201).

Desarrollo

En el campo normativo antes señalado, aludo que para poder acceder a una prestación previsional (visto esto de una forma general) las personas deben acreditar el cumplimiento de dos exigencias: una de corte objetivo (relacionada con cierta cantidad de años de servicios con aportes) y otra de naturaleza subjetiva (vinculada con la edad).

Sin embargo, en la temática que ahora refiero no basta con tomar en cuenta lo que se regula en las leyes de seguridad social ya mencionadas, sino que, desde la misma óptica jurídica normativa, se debe agregar más información, esta vez afincada en el derecho a la identidad de género.

En ese terreno, y tomando como pauta elemental lo que surge de la Ley de Identidad de Género 26.743⁴ (fuente interna), y de los Principios de Yogyakarta y la Opinión Consultiva nro. 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también la CIDH), ambas fuentes de corte internacional, resulta esencial referir a lo que se ha denominado como identidad de género, definida como la “vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (conf. el art. 2 de la ley 26.743, y la nota número 2 de los Principios de Yogyakarta).

Derivado de aquellas regulaciones (una de corte puramente previsional, y otra de esencia identitaria), cabe señalar primero que en el acceso a la prestación básica universal (PBU), el artículo 19 de la ley 24.241 se circunscribe en un terreno exclusivamente binario direccionado puntualmente en relación al sexo. Así, hay que reparar que no solamente la ley habla de hombre y mujer, sino que, en ese tránsito distintivo, regula que mientras el primero puede acceder a la prestación básica con sesenta y cinco años, la segunda podrá hacer lo propio pero con sesenta.

A su vez, como segundo señalamiento, cabe subrayar que al encontrarse tan vinculado el binarismo al sexo como rasgo fisiológico de la persona, la regulación actual en lo que hace al acceso a la prestación básica universal no pareciera que fija una relación porosa con otras realidades de género que, aún afincadas en el binomio hombre mujer, no se encuentran delimitadas por aquellos rasgos definitorios, sino por otros de corte más psicológico e igualmente hábiles para delimitar la identidad de las personas.

Por otra parte, señalo que la regulación del acceso a los derechos previsionales en el ámbito nacional entra en colisión con el derecho a la identidad de género de las personas que no se logren identificar ni con el género masculino ni con el femenino, entrando esas realidades en el campo de las identidades no binarias.

Pasando ahora al campo del decreto ley 9650/80, media una diferencia con el orden nacional traído a cuenta en este trabajo, afincándose ello en la ausencia de distinción etaria entre hombre y mujer para poder delimitar el campo del acceso al derecho de jubilación. De tal forma, mientras la normativa provincial exige treinta y cinco años de servicios como requisito subjetivo, respecto del subjetivo requiere sesenta años sin distinción de hombre o mujer, eso más allá de la redacción en masculino respecto a “los afiliados” o bien los “maestros” o “profesores”, que en todo caso, más allá de alguna crítica atinente a la lingüística (y al simbolismo emanado de la misma) no tiene la repercusión que, en el acceso a la jubilación, sí tenemos en la ley nacional en donde como escribí la distinción es mucho más tajante.

Sin embargo, el decreto ley provincial sí incurre en una redacción crítica en materia de acceso al derecho de pensión, al regular en el artículo 34 que en caso de muerte o fallecimiento presunto del original titular (jubilado o afiliado en actividad o con derecho a jubilación -nuevamente encontramos acá una redacción en masculino y con una terminología binómica, tramo en el que remito a lo que dije arriba-) se otorgará pensión a “Los hijos y nietos de ambos sexos en las condiciones del inciso anterior” (inciso 2, texto según ley 10.413).

Advierto en este terreno que, al igual que lo que acontece en la ley 24.241, aquí se incurre en la diferenciación distintiva sobre la base de un binarismo sexual, hombre o mujer, sin que se efectúen las necesarias distinciones en lo que hace al derecho de identidad de género que, aclaro, también resulta esencial que se tenga en cuenta en el ámbito provincial dentro del campo atinente al acceso al derecho de jubilación. Ello puesto que, aunque el decreto ley no establece allí diferenciación en lo que hace al género de la persona, a mi modo resultaría mucho más útil y justo efectuar desde un inicio las aclaraciones pertinentes, a fin de que la persona que inicia el trámite no se vea atravesada por recaudos burocráticos que, antes que tender a la igualdad de tratamiento, conduzcan a convalidar procedimientos discriminatorios.

En otra vereda crítico analítica, ahora desde una visión más sociológica, corresponde mencionar que el derecho no solo debe ser estudiado como un conjunto de simples regulaciones normativas, sino que, ampliando esa visión únicamente positivista, también tiene que ser analizado como la forma para instrumentalizar la mejor convivencia social en orden a la combinación tanto de su carácter adjetivo como sustantivo, sembrando el camino para la concreción de una verdadera ciudadanía sustancial y no solo formal.

Desde esa mirada, partiendo del dato atinente a que el derecho es una práctica discursiva que parte del nominalismo pero que busca su eficacia y su poder simbólico en orden a una información social relacionada con intereses y necesidades sociales (Bourdieu), es necesario implementar políticas públicas adecuadas que propendan a la modificación de la ley 24.241 y el decreto ley 9650/80, a fin de que, superando sus anacronismos, las mismas campeen en órbita con el derecho a la identidad de género tal como actualmente se entiende y reconoce en otras fuentes, ganando así mayor legitimación en orden a la recepción del mismo.

De esa forma, para el campo jurídico del derecho de seguridad social, se miraría no solo a la norma escrita sino también a las necesidades sociales que se supone deben ser satisfechas por aquellas.

Afincado en ello, siguiendo la línea de Pierre Bourdieu, corresponde tener en cuenta en el estudio de la fuerza del derecho para decir el derecho, no solo debemos tomar en cuenta el valor simbólico de la norma previsional (que, como intenté poner de manifiesto más arriba, no resulta completamente respetuosa del derecho a la identidad de género), sino también la existencia de otras normas de igual a superior jerarquía (que consagran, por ejemplo, los derechos a la igualdad y a la no discriminación), añadiendo de manera elemental adicionales formas de capital tales como los estudios críticos de las formas jurídico positivas escritas, y que refieren a la imperante necesidad de ampliar las regulaciones que hacen a la normación de los accesos legales para una jubilación o pensión.

En esos términos sociológicos, cabría pensar que el arraigado simbolismo proveniente de un debate en ocasiones fosilizado respecto de las condiciones de acceso a la jubilación y pensión, no responde de modo coherente a nuevas visiones que, advirtiendo una lucha de poder encabezado durante años por una posición binaria de género, nos interpelan en la actualidad para al menos comenzar a trabajar en nuevas líneas de pensamiento, seguramente más democráticas e igualitarias.

En esos términos, en el estudio, debate, elaboración, y aplicación de las normas de seguridad social, debemos tomar en cuenta no solamente instituciones jurídicas ya arraigadas sino otras nuevas, y por supuesto contextuales realidades sociales, para que de esa forma, en el cumplimiento de aquellas tareas, la coherencia y la lógica de las nuevas figuras que se creen o sancionen (y los estudios que de ella se efectúen) tengan la fuerza que el derecho necesita para poder servir a los intereses de las personas en el mundo actual.

A su respecto, cabría pensar la posibilidad de reformar los dos cuerpos legales previsionales tratados en este breve aporte, para, o bien sacar la referencia a hombres y mujeres y colocando únicamente como base para la titularidad de derechos a la palabra persona, o bien dejar aquella referencia más adicionando de manera combinada el derecho a la identidad autopercibida para dejar lugar al justificado espacio de las identidades no binarias, o reemplazar la orientación binaria de base sexual por otras que tengan como sustento el género de la persona, pudiendo también modificar la redacción de sus pasajes que se encuentran redactados únicamente en masculino (muy común en nuestros cuerpos normativos). Ello seguramente entre muchas otras opciones que se pueden abrir en el abanico de posibilidades tendientes a mejorar no solo la redacción de la ley 24.241 y del decreto ley 9650/80, sino también las implicancias prácticas de ambas normas, y, en dicha senda, su eficacia simbólica.

Conclusiones provisionarias

El derecho a la identidad de género de las personas atraviesa numerosos campos que van desde el jurídico, hasta el político y el sociológico.

En ese íter, resulta importante tomar nota de la vinculación que existe entre el mentado derecho y el terreno de la seguridad social, para poder así subrayar, a partir de ciertos aportes proveniente del campo de la sociología, el significado profundo que tiene la norma previsional en la actualidad (a partir de una serie de reflexiones que exceden el literal campo de la norma escrita), y a su vez, replanteándonos su función, y poniendo en cuestión regulaciones actuales, poder pensar también en posibles mejoras a futuro.

En dicho camino, vale explicitar la toma de posición política que en ocasiones se lleva a cabo tanto con la sanción de una norma como con la mantención y no modificación de su vigencia a lo largo de los años, lo que necesariamente nos interpela para que observemos la funcionalidad de los dispositivos creados por el Estado en los tiempos en que aquellos existen y deben ser aplicados a las relaciones sociales. Allí, el poder como elemento configurador de las conductas adquiere notable sentido.

De tal forma, considero que el espacio brindado por un Congreso de Sociología es sumamente útil para debatir sobre aquellas cuestiones y otras también, tal que nos permitan el ejercicio de las tareas tendientes a estudiar al derecho (en lo que aquí involucra) en relación con la fundamental prerrogativa de identidad de género.

Hermanado a ello, considero que es importante advertir que si el derecho tiene una fuerza, es porque ha cimentado con solidez una determinada interpretación de lo que se entiende como mejor, al menos desde algunos sectores, para ser aplicado, como

forma de interpretación y acción, a la regulación de las conductas sociales.

Allí, resulta necesario repensar la forma de configuración del poder simbólico del derecho, permitiendo así la inclusión de nuevas reflexiones que quizá sirvan de sustento a regulaciones posteriores que se hagan eco de un necesario criterio de actualidad, creando las condiciones para que, en el acceso a los derechos de jubilación o pensión, se tome en cuenta nada menos que la forma como la persona se autopercibe como sujeto de derechos y ser sintiente.

Quizá por ese camino podamos lograr una regulación de seguridad social más coherente con el matiz tutelar de los derechos humanos y con la realidad social imperante, posibilitando que el poder simbólico que antes se afincó en una norma escrita que pudo haber sido útil en un contexto pretérito, incrementemente su valía social no solo como fuente de regulación sino también como base de una auténtica ciudadanía sustancial.

BIBLIOGRAFÍA

Bourdieu, P. y Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Universidad de los Andes, Colombia: Siglo del hombre editores.

Bourdieu, Pierre (2001). *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Editorial Declée De Brouwer.

Cáceres Nieto, E. (2002). "Psicología y constructivismo jurídico: apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria". En: *Violencia social* (Marcia Muñoz de Alba Medrano, coordinadora), páginas 7 a 37. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Osorio, S. (2007). "La teoría crítica de la sociedad de la escuela de Frankfurt: algunos presupuestos teórico-críticos". En: *Revista Educación y Desarrollo Social*, 1 (1), Julio- Diciembre de 2007, páginas 104 a 119. Bogotá: Universidad Militar "Nueva granada".

Ruiz, Alicia (2013). *Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género*. Colección Equidad de género y democracia, vol. 6; México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal.

Zuleta Puceiro, E. (1987). *Teoría del derecho. Una introducción crítica*. Buenos Aires: Depalma.